

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Faillite et intuitus personae

George, Florence; Bazier, Pierre

Published in:

Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Bazier, P 2017, Faillite et intuitus personae: un régime à redéfinir ? Dans *Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*. p. 573-633.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Dans une décision du 1^{er} octobre 2014, le Tribunal de commerce d'Anvers-Turnhout a estimé n'être compétent pour connaître d'une demande introduite par un particulier que lorsque ce dernier démontrait que le litige impliquait, dans son chef, un acte poursuivant un but économique dans le cadre d'une activité économique durable¹⁷². Une telle solution viderait l'article 573, alinéa 2, de sa portée dès lors qu'elle revient à exiger du particulier de pouvoir être qualifié... d'entreprise. Elle ne peut être approuvée¹⁷³.

Enfin, on relèvera que l'article 573, alinéa 2, du Code judiciaire précise qu'est nulle « toute clause attributive de compétence antérieure à la naissance du litige », ce qui n'empêche donc pas la conclusion d'un accord des parties sur la compétence du tribunal de première instance après la naissance du litige. Aucune disposition analogue n'a été prévue dans l'article 575, § 1^{er}, alinéa 2, mais certains auteurs considèrent qu'il convient de lui appliquer la même solution par analogie¹⁷⁴. Il est vrai qu'on ne perçoit guère ce qui justifierait une différence de traitement entre les deux catégories de demandeurs et les travaux préparatoires n'apportent aucun éclaircissement à ce sujet.

CONCLUSION

Dans l'exposé des motifs de la loi sur le juge naturel, la ministre de la Justice justifiait son projet par le fait qu'à l'époque, « trop de discussions oiseuses sur la compétence » subsistaient alors que le justiciable devait « pouvoir percevoir même intuitivement et sans hésitation à quel juge il doit soumettre son litige »¹⁷⁵.

Si les nouveaux critères adoptés par cette loi présentent sans doute des mérites, force est toutefois de constater que leur appréhension n'est pas de nature à garantir la sécurité juridique¹⁷⁶. Heureux le justiciable qui percevra intuitivement et sans hésitation à quel juge il doit soumettre son litige...

¹⁷² Comm. Anvers-Turnhout, 1^{er} octobre 2014, *N.W.*, 2015, p. 512 et les obs. critiques de Cl. VAN SEVEREN.

¹⁷³ Dans le même sens, quoique de façon implicite, voy. J. VANDERSCHUREN, *op. cit.*, p. 13 : « le nouvel article offre la possibilité au demandeur qui n'est pas une entreprise de saisir le tribunal de commerce afin de voir trancher la contestation qu'il formule à l'encontre d'une entreprise concernant un acte accompli par celle-ci dans la poursuite de son but économique ».

¹⁷⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé. Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 213, § 287.

¹⁷⁵ Exposé des motifs, p. 4.

¹⁷⁶ Plusieurs auteurs dénoncent l'insécurité juridique résultant de cette nouvelle loi (D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 598 ; J. VANDERSCHUREN, *op. cit.*, p. 17 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé. Aspects de procédure*, *op. cit.*, p. 203, § 272).

Faillite et *intuitus personae* : un régime à redéfinir ?

Florence George

Assistante et doctorante au Centre de droit privé de l'Université catholique de Louvain

Avocate

Pierre Bazier

Assistant et doctorant au Centre de droit privé de l'Université catholique de Louvain

INTRODUCTION¹

1. Objet de l'étude. L'*intuitus personae* est fréquemment invoqué en droit de la faillite. On enseigne, par exemple, que la faillite constitue une cause de dissolution propre aux contrats *intuitu personae*. Or la notion est fuyante et son régime juridique variable. Le fondement de certaines solutions, pourtant bien établies en apparence, reste fragile.

2. Plan de l'étude. En parcourant, au fil des siècles, la littérature juridique, nous verrons combien la doctrine et la jurisprudence sont divisées sur la notion de l'*intuitus personae* et son régime juridique (**Chapitre 1**). Nous mettrons ensuite la conception classique de l'*intuitus personae* à l'épreuve afin de dégager, au cœur même de celle-ci, plusieurs intensités (**Chapitre 2**). Après avoir dégagé et mis en exergue les contours juridiques de l'*intuitus personae*, nous reviendrons sur l'incidence de ce dernier lors de la faillite d'une entreprise (**Chapitre 3**).

CHAPITRE I^{er}.

APERÇUS DOCTRINAL ET JURISPRUDENTIEL DU CONCEPT DE L'*INTUITUS PERSONAE* EN DROIT DE LA FAILLITE

3. L'*intuitus personae* et la littérature juridique. Malgré l'absence de disposition législative dédiée à l'*intuitus personae*, cette dernière notion n'en est pas moins présente tant en doctrine qu'en jurisprudence. Sans vouloir tendre à l'exhaustivité, nous épinglons l'utilisation qui est faite de l'*intuitus personae* en droit de la faillite par les auteurs, d'une part (**Section 1**), et par nos cours et tribunaux, d'autre part (**Section 2**).

¹ La présente contribution a été rédigée à quatre mains. Les développements relatifs à la faillite ont plus particulièrement été rédigés par F. GEORGE et ceux afférents à l'*intuitus personae* par P. BAZIER.

Section 1^{re}. Panorama doctrinal

4. Les définitions de l'intuitus personae proposées par la doctrine. Traditionnellement, les contrats *intuitu personae* sont définis comme des contrats pour la conclusion desquels la considération de la personne de l'un des cocontractants est toujours déterminante². « La considération de la personne du cocontractant revêt [...] une importance déterminante aux yeux de l'autre partie. C'est en raison de ses qualités, de son habileté, de son honnêteté, de sa compétence, bref, en raison de la confiance que telle personne inspire que l'on décide de traiter avec elle »³.

La doctrine moderne s'est toutefois écartée progressivement de cette définition traditionnelle de l'intuitus personae. Force est notamment d'admettre que la considération de la personne intervient pratiquement toujours lors de la conclusion du contrat⁴. Le concept utilisé est « fuyant »⁵ et n'est souvent d'aucun secours pour les praticiens.

5. Les conséquences de l'intuitus personae en cas de faillite. Les auteurs spécialisés en droit de l'insolvabilité font régulièrement appel, non sans raison, au concept de l'intuitus personae. La faillite est en effet présentée comme un événement affectant les contrats marqués du sceau de l'intuitus personae. Ceux-ci sont éteints par la survenance de la faillite. On dénombre, parmi les écrits doctrinaux, des formulations diverses. Les termes employés renvoient à des causes de dissolution distinctes, ce qui crée une certaine confusion. On peut ainsi lire que « Dans les contrats faits *intuitu personae*, la faillite est une cause de *résolution* qui opère de plein droit »⁶. L. Fredericq et P. Coppens⁷ parlent à la fois de *résiliation* et de *résolution*⁸. Par ailleurs, P.A. Foriers prône une extension de la *caducité* au motif de « survenance d'une incapacité d'une des parties pour autant qu'elle rende impossible la poursuite de l'exécution des obligations de celle-ci »⁹. X. Dieux

² F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne Édouard Duchemin, 1938, p. 7, qui renvoie à M.-H. CAPTANT, *Vocabulaire juridique*, Fascicule 4, 1933, v° *Intuitus personae*. En droit belge : P. VAN OMME-SLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction, Sources des obligations*, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 149.

³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 91.

⁴ P. VAN OMME-SLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 149.

⁵ Voy. L. AYNÈS, *La cession du contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 231.

⁶ E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU (dir.), *Répertoire pratique du droit belge. Législation, doctrine et jurisprudence*, t. V, v° *Faillite et Banqueroute*, Bruxelles, Bruylant, 1950, p. 371.

⁷ P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, vol. 5, *Les faillites et les concordats*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1985, pp. 819-820.

⁸ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Éditions Fecheyre, 1949, p. 533 et p. 534. L'auteur renvoie même à la notion de *caducité* (*infra*, n° 71 et s.).

⁹ P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 189-193 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in *Questions spéciales en droit des contrats*, J.-Fr. GERMAIN (dir.), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 170.

abonde en ce sens : « ces cas de dissolution [notamment la dissolution des contrats *intuitu personae* suite au jugement déclaratif de faillite] sont proches de ceux que l'on explique par le concept de caducité »¹⁰. Certains auteurs préfèrent adopter une position moins tranchée en recourant au terme générique de « dissolution ». On peut ainsi lire que la « doctrine classique [qui] enseigne que les contrats *intuitu personae* sont dissous de plein droit par la faillite au jour du jugement déclaratif de faillite »¹¹. Pour d'autres, la faillite est perçue comme une cause d'extinction à part entière¹². L'analyse des travaux préparatoires à la base de la réforme de 1997 ne permet malheureusement pas de dissiper les doutes : « en principe, la faillite ne met pas fin¹³ aux contrats, sauf dans les cas où une clause résolutoire exprime le préavis ou encore lorsqu'un contrat, conclu *intuitu personae*, ne peut être exécuté à cause de la faillite »¹⁴.

6. Le fondement de la dissolution de plein droit des contrats intuitu personae : l'approche doctrinale. La faillite est perçue par les auteurs majoritaires comme une cause de dissolution des contrats *intuitu personae*. La doctrine se montre pourtant peu prolifique sur le fondement de ce principe qui, du reste, n'est consacré par aucune disposition légale.

On a coutume d'invoquer que l'intuitus personae justifie certaines « atteintes à la force obligatoire des contrats »¹⁵. On fait appel aux nombreuses applications de ce principe notamment parmi les dispositions particulières du Code civil¹⁶. Tout d'abord, l'article 1795 du Code civil dispose que « le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur ». En outre, aux termes de l'article 2003 du Code civil, le mandat prend fin par la déconfiture du mandant ou du mandataire. Cette disposition doit être étendue à la faillite¹⁷. L'article 1879, alinéa 2, du Code civil prévoit encore, en matière de prêt à usage, que « si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée ». On trouve également d'autres exemples en dehors du Code civil. Ainsi, l'article 39, 4^o, du Code des sociétés énonce que la société finit par l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés¹⁸. L'article 101 de la loi du 4 avril 2014 relative

¹⁰ X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 661 et s.

¹¹ L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 425.

¹² P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, P. WÉRY (dir.), Liège, Formation permanente CUP, vol. 51, 2001, pp. 30 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 938 et s.

¹³ Nous mettons en italique.

¹⁴ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord., 1991-1992, n°0631/1, p. 23. Voy. également, Y. DUMON, « La faillite et le concordat judiciaire. La réforme de 1997 (1^{re} partie) », *J.T.*, 1997, pp. 785-816.

¹⁵ X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, *op. cit.*, pp. 661 et s.

¹⁶ P. VAN OMME-SLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *Sources des obligations*, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1010 et s.

¹⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 431 ; E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU (dir.), *Répertoire pratique du droit belge. Législation, doctrine et jurisprudence*, t. V, v° *Faillite et Banqueroute*, *op. cit.*, p. 371.

¹⁸ L'article 39, 4^o, du Code des sociétés, issu de l'ancien article 1865, 4^o, du Code civil, se limite aux sociétés de personnes à responsabilité illimitée, comme la société en nom

aux assurances¹⁹ porte enfin que « Par dérogation à l'article 100, le contrat qui a été conclu en considération de la personne de l'assuré prend fin de plein droit au décès de celui-ci ».

Est-il toutefois permis d'assimiler la déconfiture du mandant, du mandataire ou de l'associé ou encore la mort de l'entrepreneur, de l'assuré ou de l'emprunteur à la faillite d'un commerçant ? Le régime spécifique réservé à ces contrats peut-il être généralisé à l'ensemble des contrats colorés d'*intuitus personae* ? Nous revenons sur cette épineuse question dans le troisième chapitre de cette étude (*infra*, nos 29 et s.). À ce stade, on peut d'ores et déjà affirmer qu'aucun consensus ne se dégage sur la question^{20, 21}.

Nous relèverons ci-après les solutions dégagées par la doctrine et fondées sur des considérations d'ordre pratique. Un petit tour d'horizon s'impose eu égard à la variété des points de vue.

E. Thaller et J. Percerou²² conditionnent la dissolution du contrat *intuitu personae* en cas de faillite à une double condition : « Il faut d'abord que les obligations

collectif et la société en commandite simple. Il ne s'applique pas, en revanche, aux sociétés de capitaux (J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 318 ; B. TILLEMANS, *Ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblo, 1997, pp. 137-139). Par ailleurs, cette disposition s'applique aussi, écrit-on, à la société momentanée (D.-B. FLOOR, *Société momentanée*, *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 55 et p. 178).

¹⁹ Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014.

²⁰ « Jugé que, à l'exception du mandat et de la société, qui sont contractés *intuitu personae*, la loi, en cas de faillite, ne prononce pas la résiliation de plein droit des conventions intervenues entre le futur failli et les tiers ; ceux-ci puisent dans la convention le droit d'en poursuivre l'exécution, et notamment de réclamer les dommages et intérêts au cas où, par son fait, le failli aurait rendu cette exécution impossible et la résiliation inévitable (Comm. Liège, 8 juillet 1910, *Pas.*, III, 290) » (E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU (dir.), *Répertoire pratique du droit belge. Législation, doctrine et jurisprudence*, t. V, v^o *Faillite et Banqueroute*, op. cit., p. 371).

²¹ Voy. en faveur d'un certain élargissement, X. Dieux qui affirme que « la déclaration de faillite, le dépôt d'une requête en concordat judiciaire, ainsi que la mise en liquidation doivent aussi produire cet effet [dissolution du contrat], et il doit en être ainsi pour tous les contrats, toutes les fois qu'un de ces événements affecte la personne dont "la considération a été la cause principale de la convention" » (*Droit, morale et marché*, op. cit., pp. 661 et s.).

²² E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. II, 2^e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 218-219. Cette idée était déjà présente en 1900 dans la thèse de doctorat de E. Bonnichon. L'auteur s'exprime sur la question en ces termes : « Il y aura résiliation *ipso jure* lorsque le contrat ne pourra plus être continué par personne : ni par la masse, parce qu'il repose sur l'*intuitus personae* ; ni par le failli lui-même, parce qu'il compromettrait le patrimoine. » La résiliation *ipso jure* de la convention est ainsi soumise à deux conditions. D'une part, les obligations « à raison de leur nature même ou à raison de l'intention manifeste des parties, ne peuvent être remplies que par celui auquel le contrat les impose » et, d'autre part, ces obligations intéressent le patrimoine du failli et sont d'une telle nature que si le failli voulait s'y soumettre et continuer lui-même le contrat, elles compromettraient le gage des créanciers (E. BONNICHON, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats an-*

qui en naissent à la charge du failli soient par leur nature même ou à raison de l'intention des parties, telles qu'elles ne puissent être exécutées que par lui (sans quoi la masse aurait la faculté de se substituer à lui dans leur exécution et par conséquent dans le contrat tout entier) ; puis aussi que ces obligations intéressent le patrimoine du failli²³, de telle sorte que l'indisponibilité de ce patrimoine résultant du dessaisissement en rende l'exécution impossible par le commerçant (sans quoi, s'il s'agissait d'obligations de nature telle que, nonobstant l'indisponibilité, le failli puisse les exécuter, le contrat subsisterait) ». Cette double condition est aujourd'hui reprise et partagée par Fr. T'Kint et W. Derijcke²⁴.

L. Fredericq distingue le sort du contrat selon que la faillite rend l'inexécution de ce dernier absolument certaine ou simplement probable : « Dans la première éventualité, la faillite met fin de plein droit au contrat, tandis que dans la seconde, le contractant aura simplement le droit de faire résoudre judiciairement la convention, si elle n'est pas reprise pour compte de la masse »²⁵. Une ligne de démarcation est tracée entre les contrats que la faillite rompt de plein droit et les contrats résiliables²⁶. On perçoit en filigrane l'idée selon laquelle les contrats conclus en considération de la personne du cocontractant et dont l'engagement intéresse le patrimoine du débiteur ne pourraient plus être exécutés du fait du dessaisissement du failli.

térieurs valablement conclus, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1900, pp. 20-21).

²³ Pour J.L. Meller, il convient de distinguer les contrats *intuitu personae* dont « la prestation promise n'exige pas que le débiteur dispose de son patrimoine » de ceux dont « l'exécution de l'obligation est susceptible de faire naître de nouvelles dettes » (J.L. MELLER, *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1935, p. 142).

²⁴ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, *Rép. not.*, t. XII, L. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217.

²⁵ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, op. cit., p. 533.

²⁶ « a) *Contrats que la faillite rompt de plein droit*. Lorsque, dans l'intention des parties, l'engagement dont l'exécution intéresse le patrimoine du débiteur ne peut être tenu que par lui, sa faillite doit nécessairement rendre le contrat caduc. Ainsi, la faillite résout de plein droit le mandat, la commission (qui n'est pas un mandat), et le contrat de société de personnes. Cette solution s'impose, parce que la considération de la personne du débiteur est déterminante et que, par l'effet du dessaisissement, le débiteur ne peut plus engager ses biens, et partant faire produire à la convention ses effets légaux. Pour les mêmes motifs, l'ouverture de crédit et le compte courant sont résiliés de plano par la faillite du crédité. Ainsi, chaque fois que la convention patrimoniale est faite *intuitu personae*, le contrat prend fin de plein droit au regard du créancier et de la masse. Une controverse existe au sujet de l'application de ce principe au contrat d'édition. Nous pensons que, si l'éditeur tombe en faillite, l'auteur ne devra pas remettre son manuscrit, lorsqu'il appert que la personne de l'éditeur a été un élément essentiel du contrat. C'est là une question à résoudre en fait. b) *Contrats résiliables*. Le principe dominant les contrats en cours d'exécution et dans lesquels la personnalité du débiteur ne joue pas un rôle décisif, est que la faillite n'est pas une cause de résiliation *ipso jure* (Comm. Liège, 8 juillet 1910, *Pas.*, 1910, III, p. 290). Nulle part, la loi ne dit que la faillite met fin aux obligations des parties. Mais comme, généralement, le curateur ne prendra pas pour le compte de la masse l'engagement onéreux qui pèse sur le failli, le cocontractant sera fondé à demander la résiliation judiciaire avec dommages et intérêts éventuels à raison de l'inexécution » (L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, op. cit., p. 533, spéc. n^o 359).

Ces distinctions ne sont toutefois pas opérées par l'ensemble de la doctrine. Nombreux sont les auteurs qui se limitent à affirmer sans nuance le principe de dissolution de plein droit des contrats conclus *intuitu personae*²⁷.

Doit-on, dès lors, voir dans l'impossibilité personnelle d'exécution un fondement au principe de dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* lors de la survenance d'une faillite ? Ce fondement n'emporte pas unanimement la conviction. Comme le relève à juste titre I. Verougstraete, l'impossibilité d'exécution ne peut être considérée comme absolue en cas de faillite²⁸. Aux termes de l'article 59 de la loi sur les faillites, « Les curateurs peuvent employer le failli pour faciliter et éclairer leur gestion. Le juge-commissaire fixera les conditions de son travail²⁹ ». Partant, l'auteur considère que « la faillite n'est susceptible d'entraîner la dissolution de plein droit d'un contrat conclu *intuitu personae* que dans l'hypothèse où de prime abord son exécution s'avère impossible, matériellement et juridiquement. Hormis ce cas, il conviendra d'apprécier si la poursuite de l'exécution du contrat est acceptable par le curateur en fonction des règles particulières d'ordre public applicables en pareil cas et satisfaisante pour le cocontractant, bénéficiaire des garanties qui découlent de l'*intuitu personae* ». A. Delvaux et D. Dessard ajoutent en ce sens que « le caractère *intuitu personae* d'un contrat peut tenir plus de l'art ou de l'habileté individuelle de l'artisan (en ébénisterie, menuiserie, ferronnerie, etc.) que de son patrimoine. Si tel est le cas, le curateur peut opter pour la continuation des contrats en cours. L'exception au principe de continuation des contrats doit être examinée cas par cas »³⁰.

Cette argumentation ébranle quelque peu le principe admis de longue date selon lequel la faillite entraîne la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae*.

Section 2. Analyse de la jurisprudence

7. Une jurisprudence clairsemée. L'examen approfondi des décisions rendues par nos cours et tribunaux lorsque s'enchevêtrent le droit de la faillite et l'*intuitus*

²⁷ T. HÖRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg*, 2009, p. 214 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Faillite et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur », *R.D.C.*, 2005, p. 245 ; L. HERVE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1997, p. 425 ; P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, vol. 5, *op. cit.*, pp. 819-820 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 711-712 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, n° 2780.

²⁸ M. LEMAL, « La faillite », *G.U.J.E.*, 2^e éd., t. XIX, L. 189.2, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 79 ; I. VERUGSTRAETE (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, t. II, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2010, p. 476.

²⁹ A. Cloquet préfère néanmoins voir dans l'engagement du failli par le curateur, la conclusion du nouveau contrat : « Lorsque le curateur demande et obtient du partenaire du failli, que soit continuée l'exécution des prestations qui étaient prévues par un contrat que la faillite a résilié de plein droit, il s'agirait en réalité de la conclusion d'un nouveau contrat par la masse » (A. CLOQUET, *Les nouvelles*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 433).

³⁰ A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise*, *Rép. not.*, t. IX, L. 8, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 253, spéc. n° 341.

personae n'est guère plus convaincant. Les enseignements dégagés par la jurisprudence manquent de cohérence. Nous tenterons tout de même de dégager, au sein d'un régime particulièrement fragmenté, certaines grandes tendances.

Une des questions récurrentes soumise à l'appréciation du juge consiste à déterminer si le contrat souscrit par les parties est dissous de plein droit au jour de la faillite de l'un des cocontractants. Pour y répondre, le juge doit, au préalable, trancher le caractère *intuitu personae* du contrat (*infra* n° 10 et s.). Dans l'affirmative, il lui appartient, dans un second temps, de se prononcer sur l'effet extinctif de la faillite sur les contrats *intuitu personae* (*infra* n° 65 et s.).

L'appréciation du caractère *intuitu personae* du contrat relève de l'appréciation du juge du fond³¹. La jurisprudence oscille entre les approches classiques et modernes de l'*intuitus personae*. D'une part, la « considération de la personne du cocontractant comme élément essentiel de la conclusion du contrat » est souvent le critère utilisé par les cours et tribunaux³². D'autre part, force est de constater l'existence d'un arrêt de la cour d'appel de Mons qui adopte une vision plus moderne de l'*intuitus personae*³³.

8. La faillite : une cause de dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* ? Illustrations. L'on pourrait penser que le principe de la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* est une constante en jurisprudence. Il est en effet fréquent de lire « que les contrats conclus *intuitu personae* prennent fin de plein droit en cas de faillite »³⁴, que « la faillite ne met pas fin à un contrat existant à moins que ce contrat ne contienne une clause résolutoire ou ait été conclu *intuitu personae* avec le failli »³⁵ ou encore « [qu'il] est généralement enseigné que les contrats conclus *intuitu personae* sont dissous de plein droit par la faillite »^{36, 37}. Les apparences sont toutefois trompeuses. Cette absence de cohérence au sein de la jurisprudence témoigne, en réalité, d'une certaine incertitude sur le fondement du principe de dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae*.

Ainsi, tandis que le principe de dissolution est appliqué de manière automatique par certaines juridictions, il est subordonné au respect de conditions par d'autres.

³¹ Cass., 4 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 307, *R.G.D.C.*, 2016, p. 412.

³² Voy. Comm. Bruxelles, 7 février 1995, *R.D.C.*, 1996, pp. 450-452 ; Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468 ; Mons, 26 décembre 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 348.

³³ Mons, 10 septembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 363. La cour affirme ainsi, au sujet de contrats de maintenance informatique, qu'« un contrat d'entreprise est dit *intuitu personae* lorsque certaines caractéristiques ou qualités personnelles à l'entrepreneur ou à ses préposés telles le talent, le savoir-faire particulier, la renommée ont été à ce point déterminantes pour le maître de l'ouvrage lors de la conclusion du contrat que l'intervention personnelle du débiteur de l'obligation se confond avec l'objet ou la cause du contrat » (nous mettons en italique).

³⁴ Mons, 10 septembre 2001, *R.R.D.*, 2002, pp. 362-366, *R.D.C.*, 2003, pp. 329-331, note S. CARON.

³⁵ Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 241.

³⁶ Liège, 28 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 151.

³⁷ Voy. également Mons, 30 octobre 1984, *Entr. et dr.*, 1992, p. 255.

Aux termes d'un arrêt du 26 décembre 1990, la cour d'appel de Mons décide ainsi « qu'en cas que concordat ou de faillite, c'est donc uniquement si le créancier est le bénéficiaire de l'intuitu personae que la question de l'éventuelle dissolution du contrat va apparaître ; que ce problème se situe, dans ce contexte, au niveau de l'exécution du contrat (et non de sa conclusion) dont l'intuitu personae n'est en définitive rien d'autre qu'une modalité, essentielle par hypothèse ; qu'il s'impose d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si la poursuite de l'exécution par le débiteur failli ou concordataire est :

- pratiquement possible dans son chef;
- acceptable par le gardien des intérêts de la masse en fonction des règles particulières d'ordre public applicables en pareil cas;
- satisfaisante pour le cocontractant, bénéficiaire des garanties qui découlent de l'intuitu personae »³⁸.

Dans le même sens, la cour d'appel de Liège rappelle que l'« On distingue traditionnellement, en raison de ce critère [possibilité d'exécution], les contrats conclus intuitu personae qui, dit-on, sont dissous de plein droit par la faillite et les autres contrats auxquels la faillite ne met pas fin »³⁹. La cour précise, dans un autre arrêt « Que pour ce qui est des conventions conclues intuitu personae, il n'y a dissolution de plein droit qu'en cas d'impossibilité matérielle ou juridique d'exécution »⁴⁰.

Cet effet extinctif ne doit pas être sous-estimé en pratique. À titre illustratif, l'application ou non du principe de la dissolution de plein droit pourra avoir des répercussions sur la détermination du propriétaire d'un véhicule dans le cadre de contrats de location-financement⁴¹, sur la possibilité de compenser des sommes versées après le jugement déclaratif de faillite sur un compte courant⁴², sur la détermination des actifs (y compris les contrats en cours) à céder par le curateur⁴³, sur la possibilité pour un curateur de lever une option d'achat dans le cadre d'un contrat de *leasing*⁴⁴, sur le caractère abusif d'une dénonciation de crédit⁴⁵, sur la qualification de dettes de la masse ou dettes dans la masse⁴⁶.

³⁸ Mons, 26 décembre 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 348.

³⁹ Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.

⁴⁰ Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138, obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX.

⁴¹ Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.

⁴² Voy. Comm. Liège, 13 janvier 2012, *D.A.O.R.*, 2013, p. 119. Le tribunal se prononce *in casu* sur la possibilité pour la banque de renoncer à l'automatisme de la rupture des conventions. Les conventions de compte et d'ouverture de crédit peuvent, dans la mesure où le caractère *intuitu personae* n'est pas d'ordre public, déroger au principe de dissolution de plein droit.

⁴³ Comm. Bruxelles (réf.), 9 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 399.

⁴⁴ Comm. Ypres, 29 juin 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 21.

⁴⁵ Comm. Bruxelles, 12 mai 1980, *J.T.*, 1980, p. 693 ; Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, obs. J.-P. BUYLE ; Bruxelles, 1^{er} avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 264.

⁴⁶ Liège, 28 mai 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 151, *R.D.C.*, 2004, p. 384.

Conclusion intermédiaire

9. Un certain chaos doctrinal et jurisprudentiel. L'examen jurisprudentiel et doctrinal de la notion d'*intuitus personae*, lorsqu'elle est confrontée au droit de la faillite, nous permet, déjà à ce stade, de tirer quelques lignes directrices. Tout d'abord, la notion même d'*intuitus personae* divise la doctrine et la jurisprudence. Ensuite, le principe selon lequel les contrats *intuitu personae* sont dissous de plein droit lors de la survenance d'une faillite repose sur des fondements fragiles basés sur des considérations plus pratiques que juridiques. Tandis que certains cours et tribunaux appliquent le principe à la lettre, d'autres le subordonnent à la réunion de certaines conditions. Le régime juridique pêche par son manque de cohérence.

Il nous paraît dès lors important de revenir, dans le chapitre suivant, sur la notion même d'*intuitus personae*, d'en esquisser les contours afin d'être en mesure de dégager un régime juridique clair.

CHAPITRE 2. DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DE L'INTUITUS PERSONAE À SA COMPRÉHENSION MODERNE

10. L'existence de deux conceptions qui s'opposent. L'*intuitus personae* est une notion fréquemment utilisée en droit belge, mais pourtant mal connue. Elle fait actuellement l'objet, en droit belge, d'une conception que l'on peut qualifier de « classique », telle qu'issue des écrits de H. De Page. Cette conception pose question (Section 1^{re}). Par ailleurs, elle fait aussi l'objet d'une approche plus moderne, développée par des auteurs à la recherche de plus de cohérence (Section 2).

Section 1^{re}. La conception classique de l'intuitus personae

11. Définition. L'*intuitus personae* signifie littéralement « en contemplation » ou « en considération de la personne ». Le Code civil ne définit pas cette expression latine. Il n'en mentionne même pas l'existence *expressis verbis* ; tout au plus se contente-t-il d'en évoquer le principe à travers quelques dispositions issues du régime général de l'obligation et des différents contrats spéciaux.

La doctrine enseigne traditionnellement, par référence aux écrits de H. De Page, que le contrat *intuitu personae* est une convention où « la personne de l'un des cocontractants est, pour l'autre, l'élément déterminant de la conclusion du contrat »⁴⁷.

Ainsi, en droit belge, par principe, la personnalité du cocontractant est, en principe, un élément indifférent dans le rapport contractuel. Par exception, il existe certaines situations où cette personne ou ses qualités personnelles seront la condition essentielle de l'engagement de l'autre partie (*supra*, n° 4)⁴⁸.

⁴⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, p. 431.

⁴⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 91.

À l'heure actuelle, cette définition représente le point de départ de la majeure partie des études de droit belge qui abordent l'*intuitus personae*⁴⁹. La notion fait également partie, dans les ouvrages généraux, de l'exposé dédié aux différentes classifications des contrats⁵⁰. Pareil constat s'impose aussi en jurisprudence, où le point de vue de H. De Page semble être passé dans le langage courant⁵¹. On peut presque affirmer qu'elle marque la naissance du concept de l'*intuitus personae* en droit belge⁵².

12. Liste des contrats conclus *intuitu personae*. Quels sont les contrats, qui, en vertu de la définition proposée aux points précédents, s'avèrent conclus *intuitu personae* ? Selon la doctrine dominante, le juge du fond apprécie souverainement l'existence de l'*intuitus personae* dans le contrat⁵³. La doctrine et la jurisprudence ont facilité la tâche des magistrats. En effet, elles ont recensé certains contrats où l'*intuitus personae* apparaît « naturellement » ou « normalement ». Cette liste a pris une ampleur considérable au fur et à mesure des années, au point qu'il est pratiquement devenu impossible de pouvoir prétendre à une énumération exhaustive⁵⁴.

La tentation est grande de prendre cette liste au pied de la lettre et d'identifier ou de répertorier, une fois pour toutes, l'ensemble des contrats marqués du sceau de l'*intuitus personae*. C'est en ce sens que les cours et tribunaux ont pris l'habitude d'affirmer le caractère « naturellement » *intuitu personae* des contrats de

franchise⁵⁵, de crédit⁵⁶, de *leasing* et location-financement⁵⁷, de mandat⁵⁸, d'entreprise⁵⁹, etc. Les juridictions leur appliquent alors les règles préconçues de l'*intuitus personae*, telles qu'énoncées par la doctrine, sans tenir compte de nuances propres à chaque cas d'espèce. À notre sens, procéder de la sorte revient à méconnaître la complexité de l'*intuitus personae*. Une approche casuistique est, par conséquent, inévitable.

Section 2. La conception moderne de l'*intuitus personae*⁶⁰

13. Une conception monolithique du contrat *intuitu personae*. La conception classique de l'*intuitus personae* donne l'impression qu'il existe un concept juridique abstrait et bien défini. Dès lors, comme enseignait H. De Page, soit le contrat est conclu en considération de la personne, soit il ne l'est pas. Il y a place pour l'*intuitus personae* ou, à l'inverse, il n'y a aucune considération de la personne dans la convention⁶¹.

Ce point de vue implique d'importantes conséquences pratiques.

Primo, une série d'effets bien définis s'appliquent, estime-t-on, à tout contrat normalement conclu *intuitu personae*. Ces conséquences sont bien connues :

- l'erreur sur la personne ne peut être admise qu'en présence de ce type de contrat ;
- une réserve d'agrément assortit toujours l'offre émise en considération de la personne, en sorte qu'elle ne peut être qualifiée d'offre, mais de simple proposition à entrer en pourparlers ;
- le débiteur doit s'exécuter personnellement ;
- le contrat ne peut être cédé ;
- un droit de résiliation *ad nutum* assortit aussi certaines conventions ressortissant de cette catégorie, à condition que la loi le prévoit⁶² ;

⁴⁹ Voy. pour un exemple récent : K. ANDRIES, « *Intuitu personae* – clauses », in *Gemeenschelijke clausules*, G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMANS, A.-L. VERBEKE (eds.), vol. I, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, p. 337.

⁵⁰ Cf. not. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, op. cit., pp. 149-153 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., op. cit., 2011, pp. 91-94 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4^e éd., Leuven, Acco, 2015, pp. 62-63 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. I, Bruges, die Keure, 2005, pp. 26-27 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers-Groeninge, Intersentia, 2000, p. 187.

⁵¹ Voy. not. pour des définitions s'inspirant largement de celle de H. De Page : Comm. Dendermonde, 28 juin 2012, *T. Not.*, 2013, p. 58, spéc. p. 61 ; Trib. trav. Oudenaarde, 2 septembre 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 594 ; Bruxelles, 14 juin 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 175 ; Mons, 10 septembre 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 362, spéc. p. 364 ; Comm. Bruxelles, 7 février 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 450.

⁵² En France, F. Valleur fut le premier auteur à avoir étudié l'*intuitus personae* dans le détail, en droit des contrats, à travers sa thèse de doctorat publiée en 1938 (F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne Édouard Duchemin, 1938, 336 p.).

⁵³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., op. cit., p. 436. Cf. not. en ce sens : K. ANDRIES, *Geheimhoudingsovereenkomsten*, Bruges, die Keure, 2011, p. 132 ; F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, P. WÉRY (dir.), coll. « C.U.P. », Liège, Anthémis, 2011, p. 199 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 2, spéc. n° 2.

⁵⁴ De surcroît, les différents contrats qui figurent dans cette énumération varient souvent d'un auteur à l'autre. Pour l'énumération la plus complète en droit français, cons. : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, thèse Paris V, 1997, pp. 26-154.

⁵⁵ Comm. Bruxelles (réf.), 9 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 399.

⁵⁶ Comm. Liège, 13 janvier 2012, *D.A.O.R.*, 2013, p. 119 ; Bruxelles, 1^{er} avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 264-269 ; Comm. Liège, 31 janvier 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 1028 et s., note J.-P. BUYLE et X. THUNIS ; Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 1032-1036, obs. J.-P. BUYLE ; Mons, 18 mars 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 1070, *R.D.C.*, 1993, p. 984 ; Comm. Bruxelles, 12 mai 1980, *J.T.*, 1980, p. 693.

⁵⁷ Comm. Ypres, 29 juin 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 21 ; Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468.

⁵⁸ Mons, 26 décembre 1990, *R.D.C.*, 1992, p. 348.

⁵⁹ Liège, 19 octobre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 53.

⁶⁰ Pour plus de détails sur ce point, voy. P. BAZIER, « L'*intuitus personae* et l'exécution des obligations contractuelles : questions choisies à propos du paiement de la dette par un tiers », in *Théorie générale des obligations et des contrats spéciaux. Questions choisies*, P. WÉRY (dir.), coll. « C.U.P. », vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 105-175, spéc. pp. 126-139.

⁶¹ Cf. en ce sens en droit français : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., p. 21.

⁶² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., op. cit., p. 433. À juste titre, ce principe fait l'objet de certaines critiques : F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 531-533 ; P.A. FORIERS, *La*

- enfin, comme précisé au premier chapitre, la convention *intuitu personae* prend fin avec le décès, la faillite et l'incapacité d'une des parties.

Secundo, le raisonnement inverse s'impose logiquement : tout contrat qui présente l'une de ces caractéristiques doit être qualifié de contrat *intuitu personae*.

C'est là une vue assez problématique des choses. Certains auteurs français ont émis de nouvelles théories, plus nuancées, qui remettent en cause ce raisonnement circulaire. La référence à ces idées est, cependant, souvent timorée. On devine le malaise de la plupart des auteurs belges face à ces propos novateurs. Cette incertitude se comprend car ces tentatives d'affinement ne font pas l'objet d'un accord unanime. À ce titre, nous examinerons, tout d'abord, les variations d'intensité de l'*intuitus personae* (§ 1) ; nous développerons, ensuite, les variations de sa nature (§ 2) ; nous terminerons par ses variations de structure (§ 3).

§ 1^{er}. Les variations d'intensité

A. LA « RÉIFICATION »

14. L'incorporation de la personne dans l'objet et dans la cause de l'obligation. L'*intuitus personae* entretient un rapport étroit, en droit privé, avec les notions d'objet et de cause du contrat. M. Contamine-Raynaud est le premier auteur à l'avoir mis en évidence. Selon elle, on peut uniquement parler d'*intuitus personae* « [s'il] y a en quelque sorte incorporation de la personnalité du co-contractant dans l'objet même de la prestation, "réification" de la personne. [...] Une partie de la personne devient l'objet même du commerce »⁶³.

M. Contamine-Raynaud illustre sa pensée par l'exemple d'un contrat passé avec un peintre. Une personne choisit un peintre en vogue, cher à ses goûts, afin de réaliser son portrait. La présence de l'*intuitus personae* paraît, ici, incontestable : la confection du tableau dépend étroitement de la personnalité du peintre. En d'autres termes, la personne de l'artiste « s'incorpore » dans l'objet de la convention, selon les termes de l'auteur. L'artiste est « réifié »⁶⁴.

Une partie de la doctrine française a suivi ce point de vue⁶⁵. Tel est notamment le cas du professeur L. Aynès. Ce dernier estime qu'il convient de distinguer, d'une part, l'*intuitus personae* dans l'objet du contrat et, d'autre part, l'*intuitus personae* extérieur à ce même objet⁶⁶. Dans le premier cas, la personne du débiteur

caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, *op. cit.*, p. 123.

⁶³ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris, 1974, p. 31, spéc. n° 26.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Cf. not. Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, « Contrat "intuitu personae" », *Juris-Classeur, Contrats – Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n° 35 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non-contractant*, Poitiers, Université de Poitiers – L.G.D.J., 2006, pp. 41-43 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Paris, Economica, 1988, pp. 136-138.

⁶⁶ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, pp. 233-242.

serait réifiée, mais pas dans le deuxième. Le cocontractant *intuitu personae* n'est, somme toute, qu'une garantie de l'exécution⁶⁷. Par ailleurs, le même auteur ajoute qu'il ne faut pas exclure l'hypothèse de la réification de la personne dans la cause de l'obligation. L'objet n'est pas le seul concerné par cette théorie⁶⁸. En ce sens, la personne sera indissociable de la cause de l'obligation dans les contrats de bienfaisance. Ces contrats font partie de la famille des contrats conclus à titre gratuit. Pour L. Aynès, entrent dans cette catégorie : le commodat, le dépôt, le mandat et le cautionnement, rendus en tant que « services d'amis »^{69,70}. Ces écrits ont manifestement influencé, en Belgique, la pensée du professeur P. Van Ommeslaghe. Pour ce dernier, l'*intuitus personae* comprend une acception stricte et une acception large. Il accepte tant la réification sur la base de l'objet que celle fondée sur la cause de l'obligation⁷¹.

15. La variation d'intensité. L'intérêt de cet affinement réside dans le fait qu'il permet, selon M. Contamine-Raynaud, d'attribuer une gradation d'intensité à l'*intuitus personae*. La réification de la personne donne naissance à un *intuitus personae* qualifié d'« intense »⁷², nanti de l'ensemble des effets traditionnels. Il existe aussi d'autres types d'*intuitus personae*, de plus faible intensité, à côté de cette situation (*infra*, n°s 16 et s.). L. Aynès⁷³ et P. Van Ommeslaghe⁷⁴ débouchent sur la même conclusion : l'*intuitus personae* dans l'objet ou dans la cause, c'est-à-dire au sens strict, est le seul à posséder tous les effets classiques de la notion. P. Van Ommeslaghe montre l'importance pratique de la distinction par l'exemple de l'ouverture de crédit. La doctrine et la jurisprudence y voient traditionnellement un contrat *intuitu personae*. Tous les effets y afférents devraient-ils s'y appliquer sans réserve ? Une réponse négative s'impose : rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'un tiers rembourse les montants dus par le crédit. Le contrat

⁶⁷ *Ibid.*, p. 241.

⁶⁸ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, p. 234.

⁶⁹ Sur la notion d'acte conclu à titre gratuit ainsi que les différences avec les libéralités et les contrats de bienfaisance : P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 142-143 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 75-77.

⁷⁰ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, p. 234.

⁷¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 149-153. Voy. du même auteur : P. VAN OMMEFLAGHE, « Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission selon les directives et selon la loi nouvelle », in *Les fusions et les scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, P. VAN OMMEFLAGHE et J. KIRKPATRICK (dir.), Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1993, pp. 43-48 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « L'exécution des contrats de service par autrui », in *Les contrats de services*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, pp. 242-244.

⁷² M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, *op. cit.*, pp. 61-62. G. Kostic parle, quant à elle, d'*intuitus personae* « essentiel » pour qualifier le degré ultime d'*intuitus personae* : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁷³ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, pp. 231-232.

⁷⁴ P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 151-152.

de compte courant obéirait aux mêmes principes⁷⁵. Tous deux doivent donc être qualifiés de contrats conclus *intuitu personae* au sens large.

B. L'*INTUITUS PERSONAE* SUBJECTIF ET OBJECTIF

16. Une opposition de principe. Un récent courant doctrinal a proposé une analyse originale de l'*intuitus personae*. Ces auteurs pensent que la considération de la personne peut se manifester de deux manières différentes dans les contrats⁷⁶.

Cette manifestation peut, tout d'abord, s'exprimer de façon subjective. Elle s'applique lorsque le choix d'un cocontractant se fonde sur un sentiment particulier que l'on éprouve pour lui⁷⁷. Cette première approche ne semble guère différer, à la vérité, de l'hypothèse de la réification développée précédemment. En effet, comme G. Kostic a pu l'écrire, « L'*intuitus personae* subjectif consiste en une véritable individualisation de l'obligation, c'est-à-dire en une intégration de la personnalité d'un individu déterminé dans l'objet de celle-ci »⁷⁸. Les libéralités et les contrats de bienfaisance entreraient dans cette catégorie⁷⁹.

Le contrat peut, ensuite, contenir un *intuitus personae* objectif. Ce deuxième point de vue est assez novateur. Il suppose qu'une partie ait en vue certaines qualités chez son cocontractant, sans réel intérêt pour son identité en tant que telle⁸⁰. Par conséquent, il n'y a plus d'exclusivité attachée à la personne choisie *intuitu personae*. Selon D. Krajeski, les parties au contrat peuvent ainsi devenir « fongibles »⁸¹ : l'une peut être remplacée si les qualités prises en considération par l'autre s'avèrent interchangeables. Cet auteur affirme, en somme, que la « finalité contractuelle » représente la priorité absolue pour ce genre d'*intuitus personae*⁸².

17. La variation d'intensité. La théorie proposée par G. Kostic et D. Krajeski permet, à nouveau, de constater que l'intensité de l'*intuitus personae* peut varier⁸³. L'acception subjective comporterait l'ensemble des effets traditionnels ; l'acception objective permettrait, quant à elle, de revenir à un régime proche du

⁷⁵ Ibid., pp. 152-153.

⁷⁶ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, Imprimerie la mouette, 2001, pp. 169-172 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., pp. 21-22.

⁷⁷ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 170.

⁷⁸ G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., p. 21.

⁷⁹ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., pp. 47-50 et p. 170 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., pp. 197-198.

⁸⁰ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 171 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., p. 21. Voy. également du même auteur : D. KRAJESKI, « L'*intuitus personae* et la cession de contrat », obs. sous Cass. fr. 1^{re} civ. 6 juin 2000, *D.*, 2001, p. 1346.

⁸¹ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 171.

⁸² D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 247 ; D. KRAJESKI, op. cit., *D.*, 2001, p. 1346.

⁸³ Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, op. cit., *Juris-Classeur, Contrats - Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n°s 32-33 ; D. ARTEIL, *L'exécution du contrat par un non contractant*, op. cit., pp. 46-47 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., pp. 196-197.

droit commun. En principe, la cession entre vifs du contrat, son exécution par un tiers ou sa transmission à cause de mort seraient possibles⁸⁴.

On trouverait l'*intuitus personae* objectif dans les contrats d'ingénierie, de prêt, de maintenance d'entreprise. Dans tous ces cas de figure, le débiteur *intuitu personae* pourrait se substituer autrui, même s'il n'en a pas reçu l'autorisation. L'exécution personnelle n'est pas la règle. Il faut, toutefois, souligner que le débiteur reste responsable en cas d'inexécution de son substitut⁸⁵. Sur ce point, le régime des contrats *intuitu personae* objectifs ne s'écarterait visiblement pas du régime de droit commun. La substitution resterait possible, malgré la présence de l'*intuitus personae*.

C. L'*INTUITUS PERSONAE* POSITIF ET NÉGATIF

18. L'*intuitus personae* négatif. M. Contamine-Raynaud a dégagé, sur la base des écrits de F. Vallée⁸⁶, une autre manifestation des variations d'intensité de l'*intuitus personae*. La distinction porte ici sur son aspect positif ou négatif. Le premier renvoie à la prise en considération des qualités de la personne, sans que celles-ci soient incorporées dans l'objet du contrat. Le deuxième est, quant à lui, quelque peu différent : il traduit, non l'intention de choisir certaines qualités, mais plutôt la volonté d'exclure du champ contractuel celles qui seraient jugées indésirables⁸⁷.

19. La variation d'intensité. En synthèse, il existerait, pour M. Contamine-Raynaud, trois degrés possibles d'*intuitus personae* : le négatif, le positif et, enfin, l'intense. Très peu d'effets s'attachent à cet *intuitus personae* négatif. Selon cet auteur, il n'empêche pas, par exemple, la transmission du contrat à cause de mort⁸⁸.

§ 2. Les variations de nature

20. Une nature variable. Au regard du paragraphe précédent, il est permis de s'interroger sur le caractère monolithique de l'*intuitus personae*. Cependant, cette remise en question n'épuise pas la controverse. La doctrine française s'est aussi intéressée à ses fondements mêmes, au-delà de son intensité. Ces réflexions visent essentiellement à déterminer les raisons qui justifient sa présence dans un contrat.

21. La dualité initiale des fondements. F. Vallée a vu l'*intuitus personae* comme un bloc, susceptible de peu de variations (*supra*, n° 13)⁸⁹. En revanche, il lui a toujours attribué deux fondements : l'affection ou la confiance. Ce constat

⁸⁴ G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., p. 22.

⁸⁵ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 247.

⁸⁶ F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., pp. 229-230.

⁸⁷ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 53, pp. 252-269 et pp. 551-557. Il s'agit par exemple de la situation où une personne refuse de conclure un contrat avec une autre qui serait insolvable.

⁸⁸ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 260.

⁸⁹ À la vérité, F. Vallée avait déjà pressenti les variations d'intensité, mais il n'a - étonnamment - jamais exploité cette idée. Cf. F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., pp. 29-30.

lui a permis d'élaborer deux présomptions. L'*intuitus personae* serait donc naturellement présent dans une série de contrats où ces deux fondements s'expriment avec vigueur⁹⁰. Plus précisément, ces deux fondements permettraient d'identifier les qualités qu'une partie pourrait prendre en considération lors de la conclusion du contrat. Ainsi en serait-il, d'un côté, de l'identité civile pour les contrats basés sur l'affection. D'un autre côté, les contrats fondés sur la confiance supposent que l'on tienne compte des qualités du cocontractant qui « colorent normalement son activité »⁹¹. F. Valleur énumère certaines de ces qualités : le talent, l'habileté professionnelle, l'originalité en fonction de la profession considérée. La moralité serait naturellement requise pour certaines professions, comme celles de domestique ou de comptable⁹².

Ces écrits ont influencé la doctrine belge. Les contrats conclus à titre gratuit sont présumés l'être *intuitu personae*⁹³ ; un certain nombre de conventions conclues à titre onéreux s'inscrivent aussi dans cette logique, généralement parce qu'elles supposent une relation de confiance étroite entre les parties⁹⁴. Cette dichotomie a néanmoins été remise en cause, avec un important lot d'idées nouvelles, comme nous allons le montrer.

22. La remise en cause de la dualité des fondements. La doctrine française s'est récemment penchée sur les conclusions de F. Valleur. Elle a confirmé certaines positions tenues par l'auteur, spécialement autour du rôle de l'affection. En effet, il n'est guère contesté que les actes conclus à titre gratuit constituent, en règle, des actes *intuitu personae*. Les sentiments qui inspirent leur auteur justifient cette solution⁹⁵. Seule la frontière entre l'affection et la confiance pose problème, car elle semble parfois fort relative⁹⁶.

⁹⁰ Voy. la longue énumération de contrats établie par F. Valleur. Tout d'abord, l'*intuitus personae* colorerait les libéralités et les contrats de bienfaisance, qui sont normalement fondés sur l'affection qu'éprouvent les parties (*L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., pp. 34-41). Ensuite, F. Valleur relève que la confiance teinterait normalement le dépôt, la société civile, le métayage, le bail à colonage perpétuel ou à métairie perpétuelle, le bail à cheptel, la société de chasse, le bail à nourriture, le contrat d'édition, le contrat de souscription d'ouvrage, le bail à ferme (*ibid.*, pp. 41-97).

⁹¹ F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 103.

⁹² *Ibid.*, pp. 104-105.

⁹³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., op. cit., p. 76. À propos des libéralités, Cf. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII-I, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 54.

⁹⁴ Dans certaines branches du droit, l'*intuitus personae* et la confiance semblent désigner la même réalité. Le droit de la distribution sélective illustre parfaitement ce point. Voy. en ce sens : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 73.

⁹⁵ Au sujet des libéralités, H. De Page écrivait qu'il n'y a pas, cependant, de vérité absolue. Selon l'auteur, « il faut décider que la libéralité est peut-être, en principe, un acte *intuitu personae*, mais elle ne l'est pas nécessairement » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII-I, 2^e éd., op. cit., p. 54, spéc. n° 28bis). Dans le même sens en droit français : J.-Fr. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 244.

⁹⁶ D. MAYER, « L'amitié », *J.C.P.*, 1974, I, doctr., 2663, n° 10 ; J.-Fr. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, op. cit., p. 245.

Le rôle joué par la confiance pose, en revanche, plus de difficultés aux auteurs français. Une partie d'entre eux a estimé que l'analyse de F. Valleur pêchait par son caractère trop englobant. Ses analyses méritent d'être affinées et nuancées.

Tout d'abord, le rapprochement entre la confiance et l'*intuitus personae* n'apporte pas toujours beaucoup d'aide. Tout contrat comporte effectivement, en soi, une dose minimale de confiance entre les parties. La confiance excède la portée de l'*intuitus personae*, de sorte qu'elle ne peut, partant, se confondre avec lui. Dès lors, les manifestations particulières de la confiance ne concorderaient pas toujours avec celles de l'*intuitus personae*⁹⁷. Cependant, il est apparu que la confiance peut réellement servir de base à l'*intuitus personae*. C'est notamment le cas lorsque la réputation d'une partie, son honorabilité ou sa moralité entre dans le champ contractuel. Le lien entre les deux est indiscutable, puisque ces qualités découlent toutes de l'idée même de la confiance⁹⁸.

Ensuite, on a pu remarquer, à l'inverse de la pensée de F. Valleur, qu'il n'y a pas toujours de corrélation directe, lors de la conclusion du contrat, entre la confiance et l'inclusion des qualités d'une partie dans le champ contractuel. Il peut s'agir de deux fondements différents⁹⁹. En droit belge, les professeurs J. Van Ryn et J. Heenen ont formulé une observation similaire. Ces auteurs ont effectivement écrit « [qu'un] contrat est conclu *intuitu personae* non seulement lorsqu'il a pour objet caractéristique une prestation qui, de l'avis du créancier, ne peut être accomplie que par son cocontractant en raison de son aptitude ou de ses capacités, mais aussi quand le contrat implique, par sa nature, une relation de confiance particulière entre les parties »¹⁰⁰. Ainsi existerait-il, à tout le moins, deux types d'*intuitus personae* : l'un fondé sur l'habileté du cocontractant ; l'autre sur la confiance qu'on lui porte¹⁰¹.

23. Une notion aux multiples fondements. Le raisonnement de la doctrine française mérite, à notre sens, l'approbation. On peut multiplier les exemples qui attestent de la pluralité des fondements de l'*intuitus personae*.

Ainsi en est-il, par exemple, du contrat de travail, qualifié d'ordinaire d'*intuitu personae* dans le chef du travailleur. Le principe se conçoit compte tenu de qualités morales ou techniques habituellement requises par l'employeur¹⁰². Force est

⁹⁷ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 55 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., p. 160 ; A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse, Nice, 1977, p. 116.

⁹⁸ A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, op. cit., p. 114.

⁹⁹ D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 57.

¹⁰⁰ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., op. cit., p. 2 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *Les Nouvelles*, t. IV, *Théorie générale des obligations*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 92.

¹⁰¹ Voy. également en ce sens : « La notion d'*intuitus personae* est floue et les auteurs sont en général peu précis. Elle paraît contenir deux idées : celle de confiance personnelle – société, mandat – et celle des aptitudes professionnelles » (C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, *Les Nouvelles*, t. IV, *Théorie générale des obligations*, vol. I, op. cit., p. 92, spéc. n° 145, b).

¹⁰² M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, Liège, Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales de Liège, 1982, pp. 139-140. En droit français : M.A. PEANO, « *L'intuitus personae* dans le contrat de travail », *Dr. soc.*, 1995, p. 129.

de constater, cependant, qu'il existe de troublants liens entre l'*intuitus personae* et la notion de subordination, propre au contrat de travail. Bien souvent, dans ce domaine, un de ces deux concepts ne va pas sans l'autre¹⁰³.

Peut-on pousser l'analyse un cran plus loin pour, de la sorte, faire état de la solvabilité comme fondement de l'*intuitus personae* ? En somme, cet élément peut-il être considéré comme une qualité déterminante de la personne du cocontractant ? Une partie de la doctrine et de la jurisprudence française le pense¹⁰⁴. Nous aurons l'occasion de reproduire ultérieurement leur pensée (*infra*, n° 51).

§ 3. Les variations de structure

24. L'*intuitus personae* se mesure à l'échelle de l'obligation. À la suite de l'enseignement de H. De Page¹⁰⁵, lui-même fidèle aux écrits de F. Valleur¹⁰⁶, la doctrine belge a toujours rattaché l'*intuitus personae* à la figure du contrat. Les auteurs ont ainsi développé les effets de cette institution dans ce cadre strict (*supra*, n° 13).

Cette approche n'est pourtant pas idéale, car elle peut être trop englobante. Elle l'est, tout d'abord, *rationae personae* : il n'est pas contesté, par exemple, que l'*intuitus personae* peut porter sur la personne du créancier¹⁰⁷. Il peut alors colorer une créance, pour la rendre incessible, sans considération pour la personne du débiteur¹⁰⁸. L'approche classique est, ensuite, trop englobante *rationae materiae* :

¹⁰³ Un jugement du tribunal de travail de Nivelles, du 9 janvier 2004, en témoigne. *In casu*, il était question de la qualification d'une convention en tant que contrat de travail. Il n'était pas contesté que le pseudo travailleur avait pu se substituer un assistant, librement choisi par ses soins, afin d'exécuter les prestations attendues de lui. En ce sens, le tribunal relève que « Cette faculté de se faire remplacer pour l'exécution de la convention démontre qu'elle n'était pas conclue *intuitu personae*, de sorte qu'il ne peut être question de l'existence d'un contrat de travail. En effet, cette faculté de remplacement constitue un obstacle incontournable à l'exercice, par le commettant, du lien d'autorité caractéristique du contrat de travail » (Trib. trav. Nivelles, 9 janvier 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 14). Ce point de vue s'avère partagé par d'autres juridictions (voy. not. Trib. trav. Liège, 3 octobre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 469 ; C.T. Bruxelles, 25 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 446). Il reste, cependant, débattu en doctrine (Cf. not. K. NEVENS et F. SCHAPIRA, « Analyse critique de la présomption concernant la nature de la relation de travail », *T.S.R./R.D.S.*, 2016, pp. 110-113).

¹⁰⁴ En doctrine : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., p. 262 ; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., pp. 232-233. En jurisprudence : Cass. fr. com., 1^{er} octobre 2002, *Bull. civ.*, IV, 2002, p. 149, n° 131, *J.C.P.*, G, 2003, I, 124, p. 614, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

¹⁰⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., op. cit., pp. 431-435.

¹⁰⁶ F. Valleur a effectivement développé les effets de l'*intuitus personae* dans cette unique perspective (*L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., pp. 213-307).

¹⁰⁷ Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, op. cit., in *Juris-Classeur. Contrats – Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n° 22. Dans un sens proche en droit belge : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., op. cit., p. 92.

¹⁰⁸ C'est notamment vrai pour le commodat, dans le chef de l'emprunteur (Civ. Bruxelles, 27 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1758) ; il en est de même pour l'ouverture de crédit, dans le chef du crédité (Cass. 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100, note VAN DER MOSEN et J.-P. BUYLE). En doctrine : W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*,

le caractère personnel peut se limiter à certaines obligations contractuelles, sans atteindre chacune d'entre elles¹⁰⁹.

De la sorte, une partie de la doctrine française estime que l'*intuitus personae* doit être étudié à un niveau microscopique et non macroscopique. Il faut déterminer concrètement s'il est unilatéral ou bilatéral ; dans le même sens, il convient de déterminer *in concreto* s'il affecte l'ensemble, ou seulement une partie, des droits ou des obligations du cocontractant justifiant ce caractère¹¹⁰.

25. L'*intuitus personae* résidant dans la personne d'un tiers à la convention. L'approche classique peut être également trop étroite. Il s'agit du cas lorsque la considération de la personne porte sur un tiers à la convention. Cette hypothèse, non négligeable en pratique, se rencontre notamment en matière de cautionnement¹¹¹ ou d'assurance¹¹². Dans ce cas de figure, un des cocontractants peut faire de la personnalité d'un tiers, ou de l'une des qualités de cette personne, un élément déterminant de son engagement. Cette situation peut poser quelques difficultés, notamment en présence d'une méprise sur les qualités de cette tierce personne (*infra*, n° 52).

La structure de l'*intuitus personae* peut être complexe dans les conventions passées avec les personnes morales. En effet, les caractéristiques de celles-ci peuvent être, estime-t-on, l'élément déterminant d'une convention (solvabilité, réputation, etc.). Le contrat est alors dit *intuitu firmæ*¹¹³. Rien n'exclut, cependant, en pareille situation, que le partenaire de la société s'engage en raison d'un membre précis de cette dernière¹¹⁴. On en revient ainsi à l'*intuitus personae*, mais, cette fois-ci, justifié par la personne d'un tiers au contrat passé entre la personne morale et son cocontractant¹¹⁵.

4^e éd., op. cit., p. 573 ; S. STUNS, *Verbintenissenrecht*, vol. II, Bruges, die Keure, 2009, p. 60.

¹⁰⁹ F. MILLET, « Le bail à nourriture ou la vie privée dans le commerce », *J.C.P.*, G, 2004, I, p. 443, spéc. n° 4.

¹¹⁰ Ph. LE TOURNEAU et D. KRAJESKI, op. cit., in *Juris-Classeur. Contrats – Distribution*, fasc. n° 200, 2012, n° 36 ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *R.T.D.C.*, 2003, p. 4.

¹¹¹ On vise l'hypothèse où l'erreur de la caution porte sur une qualité du débiteur principal, tiers au rapport entre ladite caution et le créancier. Voy. Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET ; Cass. fr. com., 1^{er} octobre 2002, *Bull. civ.*, IV, 2002, p. 149, n° 131, *J.C.P.*, G, 2003, I, 124, p. 614, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

¹¹² La méprise concerne, le plus souvent, les qualités d'un intermédiaire en assurances, comme l'existence d'un agrément dans son chef. Cet intermédiaire est tiers au contrat passé entre l'assuré et l'assureur. À ce propos : Comm. Bruxelles, 13 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, 15032, note S. SAHLI ; Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.

¹¹³ Parfois aussi appelé « *intuitus societatis* » : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 627 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., op. cit., p. 93.

¹¹⁴ Voy. pour un exemple : Mons, 29 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2016, p. 161.

¹¹⁵ Ph. MARCHANDISE, « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie du contrat à prestations successives/Het contract met opeenvolgende prestaties*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, pp. 154-156.

Conclusion intermédiaire

26. Une notion variable aux effets imprévisibles. À l'appui des nouveaux développements doctrinaux précités, il est permis de penser que l'*intuitus personae* doit faire l'objet, en règle, d'une analyse concrète¹¹⁶. L'interprète doit pouvoir dépasser une approche abstraite, pour rechercher l'intention des parties, afin de qualifier correctement la convention qui se présente à lui. Dans le même sens, un contrat, fût-il *intuitu personae*, ne sera peut-être pas toujours doté de l'ensemble des conséquences qu'on lui attribue classiquement (*supra*, n° 13). Le caractère variable de cette notion entraîne l'imprévisibilité de ses effets.

27. La place des grilles de lecture. L'imprévisibilité que nous venons de relever explique l'essor d'outils destinés à baliser la volonté des parties : ainsi en est-il de la théorie de la réification, de l'opposition entre l'*intuitus personae* objectif et subjectif ou encore positif et négatif. Ce sont, en quelque sorte, des « grilles de lecture » à la disposition de l'interprète.

Mais il faut les limiter à ce rôle. En soi, nous pensons qu'il ne faut pas perdre de vue que ces instruments ne rendent pas parfaitement compte de la réalité contractuelle. Pour que ce soit le cas, il faudrait établir de nouvelles sous-catégories en leur sein. Cependant, si l'on s'engageait dans cette voie, ces grilles perdraient tout leur aspect pédagogique ; elles ne seraient plus, en ce sens, d'aucune utilité¹¹⁷.

28. La place des présomptions. Sur la base de ces réflexions, on se méfiera de la référence excessive aux conventions colorées « naturellement » de l'*intuitus personae*. Selon nous, il s'agit là de présomptions de volonté, au sens probatoire du terme¹¹⁸, parfois dangereuses ou inutiles.

Elles peuvent être *dangereuses*, car elles reposent parfois sur un raisonnement trop général, qui peut induire en erreur¹¹⁹. Toutefois, les présomptions pourront s'avérer correctes pour certaines situations. Nous aurons l'occasion de le voir dans le cadre du contrat de mandat (*infra*, n° 45 et s.). Par ailleurs, même en ce cas, ces présomptions pourront être *inutiles*, parce qu'il convient encore d'apprécier l'intensité, la nature ou la structure de l'*intuitus personae* afin de déterminer

¹¹⁶ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Larcier, 2016, p. 767 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2015, p. 366 ; B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. X, *Bijzondere overeenkomsten*, deel 2. C, *Bruikleen, Bewaargeving en sekwester*, Anvers, Kluwer, 2000, p. 25.

¹¹⁷ Nous pouvons rapprocher cette observation de la distinction qui existe entre les obligations de moyens et de résultat. S'il y a là une manière commode de comprendre l'intensité de l'obligation pesant sur le débiteur, l'outil n'a pourtant rien de parfait. À l'analyse de la volonté des parties, certes par des méthodes parfois objectives, on peut effectivement déceler plusieurs sous-catégories (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 527-528 ; P. ESMEIN, « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Librairie Édouard Duchemin, Paris, 1977, pp. 235-240, spéc. pp. 238-239).

¹¹⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4^e éd., in *Traité de droit civil*, J. GHESTIN (dir.), Paris, L.G.D.J.-Lextenso, 2013, p. 985.

¹¹⁹ P. Brulez estime, quant à lui, que les présomptions représentent une sorte de « *denkfout* ». Cf. P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, *op. cit.*, pp. 365-366, spéc. n° 402.

précisément la portée de ses effets. On en revient, de la sorte, à la nécessité d'employer les grilles de lecture¹²⁰.

Cette analyse ne signifie pas, cependant, que l'on ne peut pas recourir à des méthodes plus objectives pour interpréter la volonté des parties¹²¹. Nous aurons l'occasion de le démontrer ultérieurement, lors de l'exposé dédié à l'erreur sur la personne (*infra*, n° 48 et s.).

CHAPITRE 3.**L'INTUITUS PERSONAE ET L'ENTREPRISE EN FAILLITE**

29. Introduction. On a coutume de considérer la faillite comme un événement affectant la convention *intuitu personae*. Les conséquences d'une telle qualification se manifestent, à des degrés divers, lors de chacune des étapes de la vie du contrat. Il n'existe toutefois pas de régime applicable à l'ensemble des contrats *intuitu personae*¹²². Comme l'indique très justement F. Valleur, « Savoir quels sont les contrats comportant normalement l'*intuitus personae*, cela n'est pas suffisant pour déterminer avec précision les effets de l'*intuitus personae*. C'est que l'*intuitus personae* n'est pas le même dans tous les contrats qu'il marque de son empreinte »¹²³. Il faut en outre composer avec les aménagements contractuels des parties. On observe donc une kyrielle de régimes. Ce régime juridique fragmenté sera en outre soumis à des dérogations légales notamment dictées par les particularités du droit de la faillite.

30. Plan. Nous reviendrons, dans un premier temps, sur les spécificités du droit de la faillite (**Section 1**). Le principe de dessaisissement du débiteur (§ 1), la possibilité offerte au curateur de poursuivre l'activité commerciale du failli (§ 2) et le sort des contrats en cours (§ 3) retiendront notre attention.

Ensuite, l'influence de la faillite au sens large sur chacune des étapes de la vie du contrat *intuitu personae* sera examinée. Le régime de droit commun sera brièvement rappelé avant d'être transposé au domaine particulier du droit de la faillite. D'emblée, nous constaterons qu'il n'existe pas de principe général consacrant la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* (**Section 2**). Nous poursuivrons alors nos développements en commençant par la formation de ce type de

¹²⁰ Pour le montrer, on peut reprendre le cas du mandat et, plus précisément, de la substitution de mandataire. Selon H. De Page et R. Dekkers, en cas de silence de la convention, « la substitution est interdite lorsque le mandataire a été spécialement choisi en raison de ses qualités personnelles » (H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 414). En soi, il faut donc voir concrètement si le mandataire a été choisi personnellement pour admettre – ou non – la substitution. On peut donc difficilement se limiter à la présomption générale d'*intuitus personae* dégagée en doctrine.

¹²¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 3, Régime général de l'obligation. Théorie des preuves, coll. « De Page », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 52-53 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 524-527.

¹²² P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 149-152 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 94.

¹²³ F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, *op. cit.*, p. 100.

contrat (Section 3) pour clôturer par sa dissolution (Section 5) en passant par son exécution (Section 4).

Section 1^{re}. Les particularités du droit de la faillite

§ 1^{er}. Le dessaisissement du débiteur

31. L'article 16 de la loi sur les faillites. L'article 16, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites dispose que « Le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. Tous paiements, opérations et actes faits par le failli, et tous paiements faits au failli depuis ce jour sont inopposables à la masse. » Cet article opère ce que l'on appelle le dessaisissement du failli de son patrimoine. Ce dessaisissement vise l'ensemble des biens meubles et immeubles que le failli possédait au jour de la faillite mais également ceux qui peuvent encore lui échoir postérieurement, entre le jugement déclaratif et le jugement de clôture de la faillite¹²⁴. Partant, « les biens que le failli se serait procurés par suite de l'exercice d'une nouvelle profession n'appartiennent pas au failli, mais bien à la masse, sous déduction cependant des frais d'acquisition et des charges dont ces biens seraient grevés »¹²⁵. Le débiteur est dépouillé de l'administration de sa fortune dont il reste le propriétaire¹²⁶. L'objectif recherché est d'empêcher le débiteur de diminuer son actif et d'augmenter son passif au préjudice des créanciers¹²⁷. L'administration des biens du failli est dès lors confiée à un curateur¹²⁸. Néanmoins, le failli ne devient pas, par le fait de la faillite, incapable¹²⁹. Il conserve sa capacité civile qui lui permet d'agir en justice

¹²⁴ M. LEMAL, *op. cit.*, *G.U.J.E.*, 2^e éd., t. XIX, L. 189.2, p. 54 ; A. ZENNER, *Dépistages, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 269 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 222 ; E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 675-676 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 91 ; A. CH. RENOUARD et J. BEVING, *Traité des faillites et des banqueroutes*, Paris, Librairie du Panthéon classique et littéraire, 1851, p. 166.

¹²⁵ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite, op. cit.*, p. 92. Voy. également M. LEMAL, *op. cit.*, *G.U.J.E.*, 2^e éd., t. XIX, L. 189.2, p. 55.

¹²⁶ M. LEMAL, *op. cit.*, *G.U.J.E.*, 2^e éd., t. XIX, L. 189.2, p. 54 ; A. ZENNER, *Dépistages, Faillites et Concordats, op. cit.*, p. 270 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *op. cit.*, p. 159 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite, op. cit.*, p. 91.

¹²⁷ T. DELWICHE, « Gevolgen van het faillissement. De positie van de gefailleerde », in *Faillissement en reorganisatie*, Malines, Kluwer, 2012, pp. II.E.10-3 – II.E.10-4 ; A. ZENNER, *Dépistages, Faillites et Concordats, op. cit.*, p. 267.

¹²⁸ P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1997-2004). Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 2005, pp. 552-553 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite, op. cit.*, p. 20.

¹²⁹ A. CLOQUET, *Les Nouvelles*, t. IV, 3^e éd., *op. cit.*, p. 389 ; Fr. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par failli après le jugement déclaratif », *Jur. comm. Belg.*, 1978, p. 395.

lors d'actions liées exclusivement à sa personne¹³⁰ ; on parle dès lors d'incapacité relative¹³¹. En outre, certains biens du failli échappent au dessaisissement¹³².

§ 2. La poursuite de l'activité du failli par le curateur

32. L'article 47 de la loi du 8 août 1997. Aux termes de l'article 47, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites, « Si l'intérêt des créanciers le permet, le tribunal, statuant à la demande des curateurs ou de tout intéressé, sur le rapport du juge-commissaire, et après avoir entendu les curateurs et les représentants du personnel au sein du Conseil d'entreprise [...], peut autoriser que les opérations commerciales du failli soient provisoirement, en tout ou en partie, continuées par les curateurs ou sous la surveillance des curateurs par le failli ou par un tiers. À la requête des curateurs ou de tout intéressé et sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal peut à tout moment modifier ou révoquer cette mesure ».

Cet article ouvre la possibilité pour le curateur de poursuivre l'activité commerciale du failli pour autant que l'intérêt des créanciers le permette^{133, 134}. « Le législateur ne condamne donc pas les poursuites d'activité motivées par d'autres éléments que l'intérêt des créanciers, tels que l'intérêt social, l'intérêt économique, l'intérêt régional ou l'intérêt général pour autant que l'intérêt des créanciers le permette ou en d'autres termes, pour autant que la continuation ne crée pas de préjudice pour les créanciers¹³⁵. »

¹³⁰ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 225.

¹³¹ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 419.

¹³² On pense, par exemple, aux droits qui ne font pas partie du patrimoine du failli, aux droits à caractère personnel, aux biens insaisissables et aux indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite (voy. Fr. T'KINT, *Stretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 20 et s. ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., *op. cit.*, p. 258 ; A. CLOQUET, *Les Nouvelles*, t. IV, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 393 et s. ; E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 684 et s.).

¹³³ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, op. cit.*, p. 483 ; B. VANDER MEULEN et D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Deel 1, Malines, Kluwer, 2007, pp. 337 et s. ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 299 ; O. CAPRASSE, « Introduction aux régimes de responsabilité des curateurs, commissaires au sursis et administrateurs provisoires dans le cadre d'une poursuite d'activités », in *Concordat judiciaire et faillite*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 178 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 246 et s. ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, *op. cit.*, pp. 337 et s. ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite, op. cit.*, p. 68.

¹³⁴ L'article 475 ancien de la loi du 18 avril 1851 ne permettait la poursuite de l'activité du failli que si l'intérêt des créanciers l'exigeait (nous soulignons) (voy. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, *op. cit.*, p. 365).

¹³⁵ P. HENFLING, « La poursuite des activités commerciales. Les dettes de la masse », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Éditions Collections Scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, 1998, pp. 437-438.

33. Engagement du failli. Si le curateur est autorisé à poursuivre les opérations commerciales, il le fera pour compte de la masse¹³⁶. La poursuite de l'activité aura lieu par l'intermédiaire du curateur¹³⁷. Ce dernier peut se faire remplacer par un tiers ou par le failli qui agiront sous sa surveillance et sa responsabilité¹³⁸. L'article 59 de la loi sur les faillites prévoit expressément la possibilité pour le curateur d'employer le failli pour faciliter et éclairer sa gestion¹³⁹. Il est dès lors tout à fait envisageable *a priori* que le failli exécute, dans le cadre d'une poursuite d'activité, un contrat *intuitu personae* sous la surveillance du curateur (*infra*, n° 60).

34. La nouvelle activité du failli. L'opportunité offerte au curateur de poursuivre les opérations commerciales du failli ne doit évidemment pas être confondue avec la possibilité pour le failli d'entreprendre un nouveau commerce et de contracter pour les besoins de celui-ci¹⁴⁰. Le failli ne devient pas un commerçant incapable¹⁴¹. Les créanciers qui ont conclu avec le failli dans le cadre de sa nouvelle activité restent toutefois étrangers à la procédure de faillite et ne pourront introduire de déclarations de créances¹⁴². Les biens nouveaux resteront la propriété de la masse sous déduction des frais nécessités par leur acquisition et des charges dont ils sont grevés¹⁴³.

§ 3. Le sort des contrats et le pouvoir de résiliation du curateur

35. Le sort des contrats en cours avant la loi du 8 août 1997. Le sort des contrats en cours n'était pas réglé par la loi du 18 avril 1851. Les auteurs de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle ne s'attardaient d'ailleurs pas, dans leurs traités et manuels, sur la question¹⁴⁴. La solution fut donc dégagée au fil du temps par la doctrine et la jurisprudence : le jugement déclaratif de faillite n'a pas pour effet de mettre fin aux contrats en cours¹⁴⁵.

¹³⁶ E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, op. cit., p. 68.

¹³⁷ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 485.

¹³⁸ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 485 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, op. cit., p. 68.

¹³⁹ Voy. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, op. cit., p. 343.

¹⁴⁰ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., op. cit., p. 259. Voy. C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 670 et s.

¹⁴¹ Fr. T'KINT et W. DERUCKE, *La faillite*, Rép. not., t. XII, L. 12, op. cit., p. 225.

¹⁴² I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 492.

¹⁴³ M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 14 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 491 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., op. cit., p. 259 ; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, op. cit., p. 103.

¹⁴⁴ Voy. not. E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite*, Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929 ; A.Ch. RENOUARD et J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruxelles, Librairie du Panthéon classique et littéraire, 1851.

¹⁴⁵ T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, op. cit., Rev. Dr. Ulg, 2009, p. 214.

36. L'article 46 de la loi du 8 août 1997. Lors de la réforme du droit de la faillite, le législateur prêta attention au sort des contrats en cours et y consacra l'article 46 de la loi¹⁴⁶. Dans sa mouture actuelle, cet article dispose que :

« § 1^{er}. Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite. »

L'article 46 consacre le principe de la continuité des contrats en cours. Il reste toutefois muet sur les conséquences du maintien du contrat. Le sort à réserver aux clauses du contrat suite à sa dissolution n'est pas davantage précisé. On admet généralement¹⁴⁷ que lorsque le contrat est poursuivi, le curateur est tenu d'en respecter les clauses¹⁴⁸.

Ce principe de continuité des contrats connaît toutefois de nombreuses exceptions¹⁴⁹. Par souci de clarté, nous avons regroupé ces dernières en deux catégories¹⁵⁰. La première d'entre elles concerne les cas de dissolution de plein droit du contrat. On y retrouve le contrat *intuitu personae* et la condition résolutoire. Ces cas de dissolution sont soit prévus expressément par la loi, soit ressortissent d'une convention (ou d'un acte unilatéral) ou d'une règle générale dégagée par la doctrine et la jurisprudence¹⁵¹. La deuxième catégorie d'exceptions au principe de la continuité des contrats conclus avec le failli regroupe « les facultés » offertes,

¹⁴⁶ Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord., 1996-1997, n° 329-17, p. 137.

¹⁴⁷ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 344 ; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, p. 883. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. Tout d'abord, les clauses pénales, clauses de compensation et clauses de réserve de propriété figurant au contrat ne sortiront leurs effets que pour autant qu'elles respectent différentes exigences spécifiques. Ensuite, de nombreuses controverses ont surgi en présence de clauses d'indivisibilité ou de dispositions contractuelles qui établissent une connexité artificielle. Enfin, certaines clauses, notamment différents pactes commissaires exprès et clauses de résiliation unilatérale, prévues spécifiquement pour le cas de faillite, ne pourront être mises en œuvre (voy. F. GEORGE, op. cit., in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, 2011, pp. 191-262).

¹⁴⁸ E. DIRIX, « Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie », in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Intersentia, Anvers, 2010, p. 153 : « Voor cherry picking is er geen plaats. De curator moet de overeenkomst nemen zoals ze is. »

¹⁴⁹ Voy. sur cette question, F. GEORGE, op. cit., in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, 2011, pp. 191-262.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 197-232.

tant au curateur qu'au cocontractant du failli, de mettre fin au contrat. Elle est divisée en trois branches. La première renvoie à l'article 46 de la loi sur les faillites qui confère au curateur des pouvoirs dont les contours restent, à ce jour, toujours obscurs, comme on l'exposera dans le point suivant. La seconde concerne la faculté offerte aux cocontractants du failli de se prévaloir d'un pacte commissaire exprès. La sanction est la *résolution* du contrat. La suivante a trait aux clauses de résiliation unilatérale rédigées au bénéfice du cocontractant en cas de faillite de son débiteur. On parle plutôt dans cette hypothèse de *résiliation* du contrat.

37. La faculté de résiliation du curateur. Les exceptions au principe de continuité des contrats en cours en cas de faillite font encore couler beaucoup d'encre. Outre le caractère ambigu de l'exception relative aux contrats *intuitu personae* sur lequel nous reviendrons ci-après (*infra* nos 65 et s.), les pouvoirs conférés au curateur par l'article 46 de la loi sur les faillites ont suscité la controverse. Nous y consacrons donc quelques développements.

Bien que l'article 46 de la loi sur les faillites consacre le principe selon lequel le jugement déclaratif de faillite n'entraîne pas la dissolution de plein droit des contrats, il ménage au curateur une place de choix. Ainsi, le curateur dispose d'un droit d'option dont la portée reste, à l'heure actuelle, largement discutée. La question a longtemps animé doctrine et jurisprudence. Elle a donné lieu à trois grands arrêts de nos plus hautes juridictions. Le premier fut rendu par la Cour d'arbitrage¹⁵², devenue Cour constitutionnelle, tandis que les suivants émanèrent de la Cour de cassation¹⁵³. Différentes thèses ont vu le jour en doctrine à la suite des arrêts rendus par la Cour de cassation. D'une part, les partisans, peu nombreux, d'un droit de résiliation « absolu »¹⁵⁴, que certains ont qualifié de « sauvage »¹⁵⁵ simplement limité par l'intérêt de la masse des créanciers. D'autre part, les défen-

¹⁵² C. Arb., 10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 253, note H.R., *R.W.*, 2005-2006, p. 52.

¹⁵³ Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245 : « Il n'appartient pas au curateur de résilier un contrat opposable conclu par le failli, lorsque la poursuite du contrat ne fait pas obstacle à la liquidation normale de la masse ; que le curateur peut par contre mettre fin à un contrat qui lie le failli, si la résiliation du contrat est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille, sans préjudice des droits découlant alors, pour le contractant de la faillite, en raison de l'inexécution du contrat » ; Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1588, *Trib. Not.*, 2009, p. 201, note. F. BOUCKAERT : « 1. Lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, c'est-à-dire lorsque la continuation du contrat conclu par le failli fait obstacle à la liquidation de la masse ou compromet anormalement la liquidation, le curateur peut, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, mettre fin à un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat confère des droits opposables à la masse. Le simple fait que les biens acquièrent ainsi une valeur marchande moindre, n'empêche pas en soi le règlement normal de la faillite. 2. Il appartient au curateur de prouver que l'administration de la masse nécessite la fin du contrat. »

¹⁵⁴ C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », note sous Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 256.

¹⁵⁵ Expression utilisée par T. HÜRNER et N. OUCHINSKY (*op. cit.*, *Rev. Dr. Ulg*, 2009, pp. 221-222) qui critiquent cette faculté.

seurs de la thèse d'une application limitée de l'article 46¹⁵⁶. Le droit de résiliation est assorti de limites sévères et strictes¹⁵⁷. Une telle interprétation se justifie principalement par la portée de l'expression « lorsque l'administration de la masse le requiert » délimitée par notre Cour suprême dans son arrêt de 2008¹⁵⁸. À titre d'exemple, E. DIRIX¹⁵⁹ énumère comme situations qui pourraient justifier une résiliation : les biens deviennent invendables du fait du contrat, le montant du loyer est considérablement inférieur aux conditions du marché, le maintien des droits du cocontractant impose des obligations financières exagérées à la masse¹⁶⁰. En marge de ces deux positions, de manière radicalement opposée, on retrouve les partisans de la doctrine traditionnelle antérieure à la modification législative de 1997¹⁶¹ où l'existence d'un pouvoir de résiliation dans les mains du curateur est niée¹⁶².

38. Le régime de l'*intuitus personae* appliqué au droit de la faillite. Les liens entre l'*intuitus personae* et le droit de la faillite sont nombreux. Ils s'observent tout au long de la vie du contrat depuis sa formation jusqu'à sa dissolution. Ces

¹⁵⁶ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 479 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, *op. cit.*, *Rev. Dr. Ulg*, 2009, p. 222 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868.

¹⁵⁷ T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347.

¹⁵⁸ I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 479 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, *op. cit.*, *Rev. Dr. Ulg*, 2009, p. 222 ; T. HÜRNER, *op. cit.*, *J.T.*, 2008, p. 348 ; A. MEULDER, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2008, p. 868.

¹⁵⁹ E. DIRIX déniait pourtant, avant les arrêts rendus par la Cour de cassation en 2004 et 2008, tout pouvoir de résiliation dans le chef du curateur (« Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, pp. 201 et s.).

¹⁶⁰ E. DIRIX, « Insolventierecht en gemeenrecht » in *Van alle markten, Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 420 : « Men kan zich voorstellen dat de voorwaarde voor de beëindiging daarentegen wel is vervuld bv. wanneer de goederen door deze rechten onverkoopbaar blijken te zijn, wanneer de huurprijs beduidend lager is dan deze onder de normale marktvorwaarden of wanneer het in stand houden van die rechten, de boedel met financiële verplichtingen opzadelt (bv. herstellingen). » Cette position est relayée par T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, V. DE FRANQUEN, M. DRESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 58.

¹⁶¹ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 1014-1015 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 151-213. Voy. également de manière moins explicite : T. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développement récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, coll. CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 255 ; S. BRIJS, « Artikel 46 faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaars ? », *R.W.*, 2005-2006, p. 58 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 215. Notons que la majorité de ces auteurs reconnaît le revirement opéré par la Cour de cassation mais n'y adhère pas.

¹⁶² Ces auteurs préfèrent s'en remettre à la solution traditionnellement admise avant la réforme du droit de la faillite de 1997 : le curateur peut simplement décider de ne pas poursuivre les contrats en cours.

liens dérivent en partie des caractéristiques propres du droit de la faillite, caractéristiques que nous venons de brosser à larges traits. Le temps est désormais venu de confronter la notion de l'*intuitus personae*, telle que dégagée au chapitre 2 (*supra* nos 10 et s.), avec l'ensemble des principes régissant la faillite.

Section 2. L'absence de principe général consacrant la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae*

39. Plan des développements. Lorsqu'on s'interroge sur le sort d'un contrat *intuitu personae*, à la suite d'une faillite, il est préférable de raisonner en deux temps. Dans un premier temps, il convient de vérifier si les conséquences de la faillite sur le contrat sont prévues par le législateur (§ 1) : soit, la loi prévoit la dissolution du contrat, soit elle impose son maintien. Dans un second temps, à défaut de disposition légale, le principe qui a actuellement cours est celui de la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* en cas de survenance de faillite. Ce principe est souvent élevé au rang de certitude, sans doute de manière hâtive (§ 2).

§ 1^{er}. Les dispositions légales spécifiques

40. Hypothèses prévues par le législateur. À plusieurs reprises, le législateur est intervenu afin de régler le sort de certains contrats en cas de faillite ou de situations similaires. Tantôt, il impose la continuité des contrats nonobstant la présence de clauses contraires, tantôt il prévoit sa dissolution au jour de la faillite.

41. Cas de dissolution des contrats *intuitu personae* prévus par le législateur. La dissolution de plein droit de contrats conclus *intuitu personae* est parfois prévue spécifiquement par le législateur.

Ainsi, l'article 2003 du Code civil dispose, entre autres, que le mandat finit par la déconfiture soit du mandant, soit du mandataire. La doctrine belge assimile généralement la survenance d'une faillite à un cas de déconfiture¹⁶³. De manière similaire, l'article 39, 4^o, du Code des sociétés prévoit que la société finit par la déconfiture de l'un des associés. Par analogie, la faillite d'un associé constitue également une cause de dissolution de la société¹⁶⁴. Ces deux contrats sont considérés comme étant par nature *intuitu personae*. Les dispositions légales font dès lors double emploi avec les principes ancrés en doctrine et jurisprudence, du moins en ce qui concerne la faillite. L'article 2003 du Code civil apporte tout de même une nouvelle pierre à l'édifice : tant la faillite du mandant que celle du mandataire mettent fin au contrat de mandat. La dissolution du contrat ne se limite

¹⁶³ P. WÉRY, *Le mandat*, Rép. not., t. IX, L. 7, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 309 ; M. COIPEL, *Sociétés privées à responsabilité limitée*, Rép. Not., t. XII, L. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 469.

¹⁶⁴ M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les sociétés. Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés*, Rép. not., t. XII, L. 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 292. Dans le même sens pour la société momentanée : D.-B. FLOOR, *Société momentanée*, Rép. not., t. XII, L. 5/5, op. cit., p. 170.

pas à la faillite du mandataire, débiteur de l'obligation conclue *intuitu personae*¹⁶⁵ dont la personnalité est déterminante.

42. Cas de maintien des contrats *intuitu personae* prévus par le législateur. Différentes dispositions légales prévoient, à l'inverse, le maintien du contrat malgré la survenance d'une faillite. Le régime est calqué sur le principe de poursuite des contrats en cours. L'intervention du législateur est toutefois doublement justifiée. D'un côté, en présence de l'*intuitus personae*, l'exception de dissolution de plein droit sera paralysée et le contrat sera poursuivi. De l'autre côté, afin d'asseoir le principe de continuité, les dérogations conventionnelles seront généralement prohibées.

Le sort des contrats d'assurance et de travail est ainsi spécifiquement régi par le législateur¹⁶⁶. Le sort du premier n'est pas réglé dans la loi sur les faillites. C'est dans la loi relative aux assurances que se trouve la disposition en cause. L'article 87, alinéa 1^{er}, de la loi du 4 avril 2014¹⁶⁷ dispose, en effet, que « En cas de faillite du preneur d'assurance, l'assurance subsiste au profit de la masse des créanciers qui devient débitrice envers l'assureur du montant des primes à échoir à partir de la déclaration de la faillite ». L'objectif est de préserver les biens constituant le patrimoine du failli (vol, incendie, etc.). Quant au second, il fait l'objet d'une disposition de la loi sur les faillites. L'article 46, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites prévoit que « Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats ». Le principe de continuité est affirmé mais contrebalancé par un assouplissement des formalités de résiliation.

§ 2. L'absence de principe général consacrant la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* lors de la survenance d'une faillite

43. L'enseignement traditionnel : la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae*. On enseigne traditionnellement que les contrats *intuitu personae* sont dissous de plein droit au jour de la faillite. Toutefois, l'examen de doctrine et de jurisprudence nous a permis de démontrer une absence de consensus sur ce point (*supra*, nos 3 et s.). L'application de ce principe pose donc question, quoiqu'il soit martelé depuis plusieurs décennies. Les enjeux liés à ce problème ne sont pas négligeables, comme nous allons le montrer maintenant.

44. Les enjeux pratiques liés à la dissolution de plein droit. La dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* pose certains problèmes pratiques dans le chef des curateurs.

¹⁶⁵ P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, op. cit., p. 115, n° 111-112.

¹⁶⁶ Le caractère *intuitu personae* de ces contrats peut toutefois être discuté.

¹⁶⁷ Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, M.B., 30 avril 2014.

Pour s'en convaincre, il suffit de penser au curateur qui entend entreprendre une poursuite de l'activité du failli¹⁶⁸ conformément à l'article 47 de la loi sur les faillites¹⁶⁹. En réalité, il n'est pas cohérent de prétendre poursuivre l'exécution de contrats *intuitu personae* dissous de plein droit par la faillite¹⁷⁰. Or, ces contrats peuvent se révéler indispensables à la poursuite des activités et au « bon fonctionnement de l'entreprise »^{171,172}.

Quelles solutions le curateur peut-il apporter face à cette difficulté ? L'hypothèse d'une renonciation du cocontractant, postérieurement au jugement déclaratif de faillite, au caractère *intuitu personae* du contrat n'est malheureusement plus possible dans la mesure où le contrat est déjà dissous. Reste alors au curateur à négocier la conclusion d'un nouveau contrat. Les négociations se révéleront souvent fort ardues, et ce d'autant plus que le mot « faillite » effraie et provoque généralement la panique¹⁷³. Partant, bien qu'ils puissent être qualifiés de créanciers de la masse et se trouver en ordre utile, les cocontractants exigeront souvent d'être payés à l'avance ou au comptant. La conclusion d'une nouvelle convention est donc laissée à la discrétion du cocontractant, tandis que la marge d'action du curateur reste tributaire de la consistance de l'actif et du passif de la faillite.

45. Un principe au fondement fragile. La dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae*, lors de la survenance d'une faillite ou d'une cause d'incapacité, est souvent présentée comme le corollaire logique de la solution applicable au décès de l'un des cocontractants *intuitu personae*. Ainsi H. De Page écrivait-il que la faillite et l'incapacité « aboutissent en effet, quant à la personne qui crée l'*intuitus personae*, au même résultat que la mort »¹⁷⁴.

¹⁶⁸ P. HENFLING, *op. cit.*, in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, 1998, p. 440.

¹⁶⁹ Le curateur peut également simplement souhaiter poursuivre l'exécution de certains contrats dans l'attente de la clôture de la faillite pour les besoins de la liquidation.

¹⁷⁰ I. Verougstraete prétend toutefois, sans se prononcer sur le mode de dissolution, que « les contrats *intuitu personae* peuvent être poursuivis après la faillite si le cocontractant accepte de poursuivre le contrat avec le curateur » (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 476). La dissolution de plein droit des contrats conclus *intuitu personae* semble peu compatible avec pareille affirmation. De deux choses l'une : soit il ne s'agit pas d'un cas de dissolution de plein droit ; soit le curateur peut-il, tout au plus, négocier la conclusion d'un nouveau contrat avec le cocontractant du failli qui entraînera la naissance d'une dette de la masse.

¹⁷¹ L. HERVE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1997, pp. 428-429.

¹⁷² Les poursuites d'activités sont généralement justifiées par les raisons suivantes : céder en bloc un fonds de commerce en *going concern* ; réaliser une valeur de goodwill ; mieux valoriser les actifs ; transformer les encours en produits finis ; terminer des commandes en cours ; répondre à une impossibilité d'arrêter les activités ; se prémunir lors d'une opposition ou d'un appel du jugement de faillite ; protéger certaines personnes en raison de motifs sociaux ou humains (exemple : éviter les fermetures dramatiques des maisons de retraite) ; éviter les cas problématiques d'occupation d'usines, etc. (P. HENFLING, *op. cit.*, in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, 1998, p. 440).

¹⁷³ Y. BRULART et P. DEMOLIN, *La restructuration des entreprises en difficulté au regard des nouvelles lois du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et du 8 août 1997 sur la faillite*, Diegem, Ced. samsom, 1997, p. 125.

¹⁷⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, p. 431.

Cependant, le fondement même de ce point de vue pose question, étant donné que la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 22 février 2008¹⁷⁵, « [qu'il] n'existe pas de principe général du droit suivant lequel un contrat conclu en considération de la personne prend fin à la mort d'une des parties »¹⁷⁶. L'opinion de la Cour mérite l'approbation¹⁷⁷. L'analyse des dispositions du Code civil, afférentes à la dissolution du contrat, en raison de la mort d'une partie, montre l'imprécision qui entoure la portée de pareil principe général du droit.

Le commentaire de l'article 2003 du Code civil met en évidence, il est vrai, qu'il existe un lien, dans l'esprit des rédacteurs du Code, entre l'extinction du contrat et le décès du cocontractant justifiant l'*intuitus personae*. M. Tarrille déclarait effectivement, dans son rapport sur le mandat, que « La confiance se concentre tout entière dans les personnes qui se la donnent ; elle doit nécessairement s'éteindre avec elle : ainsi, le mandat finit par la mort du commettant et par celle du mandataire »¹⁷⁸. Cette référence à la confiance a aussi servi de base aux rédacteurs du Code, semble-t-il, pour admettre la dissolution du contrat de société, comme le prévoyait l'ancien article 1865, 3^o, du Code civil (actuel 39, 3^o, du Code des sociétés¹⁷⁹), lors de la mort de l'un des associés¹⁸⁰.

La détermination de la portée du principe de la dissolution de plein droit se complique, néanmoins, à la lecture d'autres dispositions. S'agissant du prêt à usage,

¹⁷⁵ Cass., 22 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 486.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ On peut même aller plus loin et douter qu'il y ait réellement eu un contrat *intuitu personae* dans cette affaire relative au décès du titulaire d'un compte à vue. En effet, il convient de remarquer qu'en principe, les établissements de crédit ne peuvent pas refuser le service bancaire de base aux consommateurs (article VII.57, § 2, C.D.E.). Ce service comprend, entre autres, l'*ouverture d'un compte à vue* ainsi que la possibilité d'y effectuer certaines opérations (article VII.57, § 1^{er}, C.D.E. *juncto* article I.9, 1^o). Le refus de contracter de la banque ne se justifie que dans un nombre de cas limitativement énumérés par la loi (article VII.59, § 1^{er}, C.D.E.). Par cette obligation de contracter, le législateur réduit ainsi le choix du cocontractant de l'établissement bancaire à peu de chagrin. En ce sens, il paraît délicat de qualifier le contrat de compte à vue comme étant conclu par nature *intuitu personae* dans le chef du titulaire du compte.

¹⁷⁸ J.-G. LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 257.

¹⁷⁹ On notera aussi que l'article 39, 3^o, du Code des sociétés se limite aux sociétés de personnes à responsabilité illimitée comme la société en nom collectif et la société en commandite simple. Il ne s'applique pas, en revanche, aux sociétés de capitaux ni aux sociétés de personnes à responsabilité limitée (J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 318 ; B. TILLEMANS, *Ontbinding van vennootschappen*, *op. cit.*, pp. 128-131). Par ailleurs, cette disposition s'applique aussi, écrit-on, à la société momentanée (D.-B. FLOOR, *Société momentanée*, *Rép. not.*, t. XII, L. 5/5, *op. cit.*, p. 55 et p. 168).

¹⁸⁰ Les paroles de M. Treilhard, quant à la nature du contrat de société, en rendent compte : « attendu qu'il est de l'essence de ce contrat d'être formé par la confiance ». Cf. J.-G. LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1828, p. 515.

l'article 1879, alinéa 2, du Code civil¹⁸¹ est compris par M. Albisson comme une « application formelle »¹⁸² de l'article 1122 du même Code, sans autre considération quant aux fondements qui le justifient. Dans le même sens, les discussions afférentes à l'article 1795 prouvent que les rédacteurs du Code civil n'avaient pas toujours les idées claires. Les passages liés à cette disposition nous paraissent profondément confus. La dissolution du contrat, à la mort de l'entrepreneur, résultait, pour certains, d'une volonté de protection de ses héritiers¹⁸³ ; elle pouvait se produire, pour d'autres, à partir du moment où le contrat requérait un certain degré d'habileté¹⁸⁴. Même en ce cas, M. Treilhard estimait qu'un « jury »¹⁸⁵ devait formellement se prononcer sur l'aptitude de l'exécutant. En voulant mettre fin à tout débat, M. Tronchet jugea que pareille convention reposait invariablement « sur la confiance qu'on a dans la probité et dans l'intelligence de celui qu'on a en charge »¹⁸⁶, ce qui impliquait « qu'il est impossible de forcer un propriétaire à en accepter un autre »¹⁸⁷. Au regard de ces propos, il paraît difficile de tirer quelque certitude, tant les points de vue en présence divergent sur les principes¹⁸⁸.

Enfin, la même incertitude se retrouve pour les dispositions légales, issues de lois particulières, qui entraînent la dissolution de plein droit du contrat lors du décès de l'une des parties. Tel est le cas, par exemple, de l'article 32, 4°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail – pour le décès du travailleur – ou encore de l'article 101 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances – lors de la mort de l'assuré choisi *intuitu personae*. Mais, à nouveau, on se gardera d'y apercevoir la consécration d'un principe général du droit : le cas du bail à ferme le confirme. En effet, selon l'article 38 de la loi du 4 novembre 1969 relative aux baux à ferme, « En cas de décès du preneur d'un bien rural, le bail continue au profit de ses héritiers ou ayants droit, à moins que congé ait été donné par le bailleur ou par ses héritiers ou ayants droit dans les conditions déterminées ci-après ».

¹⁸¹ L'article prévoit :

« Les engagements qui se forment par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée. »

¹⁸² J.-G. LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, op. cit., p. 57.

¹⁸³ J.-G. LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, op. cit., pp. 366-367. Voy. à ce propos : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, op. cit., p. 394.

¹⁸⁴ J.-G. LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, op. cit., pp. 366-367.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 367.

¹⁸⁶ *Ibid.* Même si l'on s'en tient à l'opinion de Tronchet, force est de constater qu'elle semble totalement dépassée. Nous avons vu que tout contrat exige une dose minimale de confiance entre les parties. Ce n'est qu'à partir d'un stade avancé que la confiance peut produire des effets particuliers, que l'on a rattachés à l'*intuitus personae*, à défaut d'un autre concept plus adéquat. Aussi, il est impossible d'affirmer que les parties d'un simple marché à forfait érigent, en toutes hypothèses, la confiance en l'entrepreneur comme un élément déterminant de l'engagement du maître de l'ouvrage (*supra*, n° 23).

¹⁸⁷ J.-G. LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, op. cit., p. 368.

¹⁸⁸ Tout au plus peut-on dire que l'article 1795 du Code civil s'applique à tous les contrats d'entreprise, qu'ils soient ou non dotés de l'*intuitus personae*. Voy. en ce sens : B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., pp. 767-768 ; A. DELVAUX, *Traité juridique des bâtisseurs*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 239 ; M.A. FLAMME et J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 197-198.

La mort du preneur à bail à ferme ne met donc pas fin de plein droit à ce contrat, alors que l'*intuitus personae* réside précisément, selon la doctrine, dans le chef de cette personne¹⁸⁹. En ce sens, il semble difficile de tirer une règle générale et intangible à l'analyse des lois particulières.

Ainsi, la dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae*, lors du décès d'une des parties, s'avère plus délicate à justifier qu'il n'y paraît¹⁹⁰. En conséquence, on ne peut voir la faillite comme une simple transposition des solutions applicables à la mort, sans de sérieuses réserves, tant le fondement même de ce raisonnement semble fragile¹⁹¹. Remarquons, par ailleurs, qu'il n'est guère aisé d'assimiler la mort du cocontractant à sa faillite à la lecture des dispositions légales précitées : aucune d'entre elles n'établit d'ailleurs expressément un lien entre ces deux événements¹⁹². Tout au plus peut-on apercevoir un rapprochement entre la mort et la déconfiture à l'article 2003 du Code civil ainsi qu'à l'article 39, 3° et 4°, du Code des sociétés (ancien article 1865, 3° et 4°, du Code civil). Aussi, pour relier la déconfiture à la faillite, il faut admettre, selon F. Valleur, que les rédacteurs du Code civil ne faisaient pas de réelle différence entre ces deux institutions¹⁹³.

46. Un principe au fondement limité. En plus de reposer sur un fondement fragile, la dissolution de plein droit s'appuie, lors de la survenance d'une faillite ou d'une déconfiture, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, sur des considérations limitées à des contrats *intuitu personae* d'une nature précise.

Ainsi que nous l'avons souligné au point précédent, seuls les articles 2003 du Code civil et 39, 4°, du Code des sociétés font état de la déconfiture – que l'on assimile à la faillite – comme cause de dissolution automatique. Quelle est la *ratio legis* de ces dispositions ? M. Tarrible fournit la réponse à cette question à

¹⁸⁹ E. BEGUIN, *Bail à ferme et droit de préemption*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 19.

¹⁹⁰ C'est sans doute pour cette raison que des tenants de la dissolution de plein droit ont parfois justifié cette solution, lors du décès du cocontractant *intuitu personae*, sur la base de l'impossibilité d'exécuter la convention en nature (P. RIGAUX, *Le droit de la profession d'architecte*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 587, spéc. n° 800 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., op. cit., p. 732). En ce cas, sans réellement s'en rendre compte, ces auteurs ont rapproché la dissolution du contrat *intuitu personae* des figures juridiques de la force majeure ou de la caducité. Cependant, si on raisonne au départ de ces fondements, force est de constater que la mort de la personne visée par l'*intuitus personae* ne provoque pas toujours l'impossibilité d'exécuter la convention en nature (*infra*, n° 67 et s.).

¹⁹¹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, op. cit., p. 827.

¹⁹² W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Bruges, die Keure, 2003, p. 1167.

¹⁹³ En effet, selon cet auteur, « Le mot déconfiture comportait aussi lors des travaux préparatoires du C. civ. le sens de faillite, les différents orateurs ont employé sans faire de différence l'un ou l'autre ». L'auteur ajoute qu'un raisonnement rationnel mènerait au même résultat (F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 284, spéc. note n° 8). Voy., en droit belge, pour l'assimilation de la faillite à la déconfiture, dans le cadre de l'article 39, 4°, du Code des sociétés : D.-B. FLOOR, « Société momentanée », *Rép. Not.*, t. XII, L. 515, op. cit., p. 170 ; M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les sociétés. Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés*, *Rép. not.*, t. XII, L. 2/1, op. cit., p. 292, spéc. n° 484.

propos du mandat. Selon l'orateur, ce qui relie « la mort civile, l'interdiction et la déconfiture »¹⁹⁴, c'est qu'à la suite de ces événements, « Le mandataire [...] ne mérite plus aucune confiance, et tous les liens qui les unissaient l'un à l'autre sont nécessairement rompus »¹⁹⁵. Cette raison est sans doute transposable à l'article 39, 4°, du Code des sociétés (ancien article 1865, 4°, du Code civil), lui-même entièrement fondé sur la confiance réciproque que les associés se doivent entre eux¹⁹⁶. En somme, c'est la disparition de la confiance qui justifie le principe de la dissolution de plein droit dans les deux dispositions précitées.

Toutefois, nous avons vu que la confiance ne concerne qu'une partie des contrats conclus en considération de la personne ; ce fondement n'est pas généralisable à l'ensemble de ceux-ci, qui peuvent être d'une tout autre nature. En effet, l'*intuitus personae* peut porter, par exemple, uniquement sur l'habileté particulière d'une partie (*supra*, n°s 21-22). De la sorte, il semble délicat d'interpréter les articles 39, 4°, du Code des sociétés et 2003 du Code civil de façon extensive, par analogie, à des situations auxquelles ils n'ont pas vocation à s'appliquer. Dans le même sens, on peut douter, à l'instar du décès, que ces deux dispositions puissent servir de base à l'existence d'un principe général du droit¹⁹⁷.

Certains auteurs ont pourtant franchi le pas. Leur raisonnement mène parfois à d'étonnantes conclusions. Ainsi en est-il, par exemple, du contrat d'entreprise. En ce sens, une partie de la doctrine estime que ce contrat doit être considéré comme naturellement *intuitu personae*, car il se termine par la mort du *conductor operis*, comme le prévoit l'article 1795 du Code civil¹⁹⁸. Ils ajoutent, ensuite, que la faillite de cet individu doit toujours être assimilée à son décès, au sens de la disposition précitée, en vertu du même caractère *intuitu personae*¹⁹⁹. Cette méthode d'analyse pose problème : l'effet particulier justifie-t-il la cause générale ou, à l'inverse, la cause générale justifie-t-elle l'effet particulier ? Ce raisonnement circulaire entraîne certainement une confusion des deux, avec la dissolution automatique du contrat d'entreprise comme résultat en toutes hypothèses²⁰⁰.

¹⁹⁴ J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, *op. cit.*, p. 257.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 258.

¹⁹⁶ J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, *op. cit.*, p. 515.

¹⁹⁷ Sur le raisonnement d'« inductif-déductif », souvent considéré comme la méthode première de reconnaissance des principes généraux du droit : P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, coll. « R.P.D.B. », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 28-29 ; P. VAN OMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1115.

¹⁹⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 1058 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, p. 431. Dans le même sens : G. BAERT, *Aanneming van werk*, coll. « A.P.R. », Anvers, Kluwer, 2001, pp. 35-36.

¹⁹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3^e éd., *op. cit.*, p. 1057. Dans le même sens en doctrine : Y. MERCHERS, « La fin des contrats de service », in *Les contrats de service*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1994, pp. 314-315. Dans le même sens en jurisprudence : Liège, 28 mai 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 384 ; Comm. Courtrai, 3 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 378.

²⁰⁰ Pour une critique dans un sens similaire : B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, *op. cit.*, p. 773.

On remarquera qu'une partie de la doctrine française partage nos réserves. F. Valleur limite notamment la dissolution de plein droit, dès 1938, aux « contrats *intuitu personae* à base de confiance à coloration patrimoniale », c'est-à-dire « à tous les cas où l'on retrouve cette confiance spéciale, cet *intuitu personae* spécial, et seulement à ces cas »²⁰¹. De son côté, G. Kostic a écrit plus récemment que c'est « la perte de rôle actif du débiteur dans l'administration de l'entreprise, [qui] justifie la rupture au nom de la considération de la personne. En effet, l'ouverture d'une procédure collective constate, non seulement son insolvabilité, mais aussi son inaptitude à gérer une entreprise. À partir de ce constat objectif, la confiance des créanciers ne peut être qu'ébranlée. La cause de la dissolution du contrat reposant sur l'*intuitus personae* se situe dans la disparition de cette confiance »²⁰².

Conclusion intermédiaire

47. Le principe de la dissolution de plein droit : un problème de qualification juridique de la cause d'extinction. À la lecture des développements qui précèdent, on peut affirmer que la faillite peut être difficilement considérée, en soi, comme une cause de dissolution de plein droit de tous les contrats *intuitu personae*²⁰³. Les raisons qui justifient ce point de vue sont fragiles et limitées. En somme, nous nous rallions à l'opinion émise par certains auteurs, comme le professeur P.A. Foriers, qui considère que la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* résulte « d'une généralisation aveugle des conséquences du décès, de la faillite et de l'interdiction »²⁰⁴.

Il est également permis de douter de l'opportunité pratique d'un tel principe dans le droit de la faillite, compte tenu de la rigidité qui le caractérise. Dans certaines circonstances, la pratique n'est-elle pas demandeuse de solutions plus souples et moins catégoriques ? Certains l'ont déjà suggéré²⁰⁵.

La faillite pourra toutefois entraîner, dans certaines hypothèses, la dissolution d'un contrat *intuitu personae*, fût-ce, le cas échéant, de plein droit. Il convient alors de rechercher le mode d'extinction qui pourrait s'accommoder de la diversité des contrats conclus en considération de la personne : la nullité, la résolution,

²⁰¹ Malgré cette limite, on pressent tout de même l'embarras de l'auteur, qui justifie le principe de la dissolution de plein droit par une présomption portant sur l'existence d'une clause de résiliation tacite au sein des contrats de confiance, telle que rappelée par le législateur pour le mandat et la société. Cette clause opérerait, à défaut de volonté contraire, dès la survenance la faillite (F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, *op. cit.*, p. 285). Néanmoins, cette présomption n'est-elle pas fictive, même pour les contrats mentionnés par le législateur ? Au niveau de la qualification, ne se rapproche-t-elle pas plus, par ailleurs, de la condition résolutoire tacite ?

²⁰² G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, *op. cit.*, p. 389.

²⁰³ En ce sens : J. GILLARDIN, « Le contrat d'entreprise », in *Traité pratique de droit commercial*, Ch. JASSOGNE (dir.), t. I, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2009, p. 648.

²⁰⁴ P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, p. 115.

²⁰⁵ Voy., dans un cadre similaire, à propos de l'ancienne procédure en concordat : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, pp. 116-117.

la résiliation, la force majeure ou encore la caducité²⁰⁶ ? Sous cet angle, la survenance d'une faillite constituerait un mode de dissolution des contrats conclus *intuitu personae* soumis à certaines conditions ou à certains tempéraments. Nous reviendrons sur cette idée dans la dernière partie de cette contribution (Section 5).

Partant du principe qu'il n'existe pas de principe général de dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae*, nous analyserons plus avant l'incidence de l'*intuitus personae* sur la formation (Section 3) et l'exécution (Section 4).

Section 3. L'influence de l'*intuitus personae* au stade de la formation du contrat

48. Introduction. La dissolution du contrat *intuitu personae* n'est pas un passage obligé lors d'une faillite. Cette conclusion laisse place à de nouveaux moyens d'action pour les créanciers du débiteur failli. Pourraient-ils, le cas échéant, remettre en cause la convention conclue avec le failli par le biais de vices de consentement et, plus précisément, d'une erreur sur sa personne ? Ce moyen d'action présente l'avantage de pouvoir obtenir l'annulation rétroactive de la convention. Afin de répondre à cette question, il convient d'examiner les conditions d'application de ce vice de consentement (§ 1). Ces développements permettront d'étudier la situation de la faillite (§ 2).

§ 1^{er}. Principes

49. Notions. L'article 1110, alinéa 2, du Code civil indique que l'*error in persona*²⁰⁷ « n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». En règle, l'erreur sur la personne du cocontractant n'est donc pas cause de nullité, sauf à démontrer l'importance déterminante de l'autre partie lors de la conclusion de la convention²⁰⁸. La méprise peut porter sur la personne physique du cocontractant comme sur ses qualités. La première hypothèse ne se produit guère en pratique²⁰⁹ ; la seconde, en revanche, s'avère nettement plus fréquente.

50. Les conditions de l'erreur sur la personne. L'erreur sur la personne demeure un vice de consentement énigmatique. En effet, elle n'a pratiquement jamais été étudiée en doctrine belge. Quand ils l'abordent, les auteurs accordent peu d'attention à définir ses conditions d'application avec précision. On se référera donc à la doctrine et à la jurisprudence françaises pour étayer nos propos.

²⁰⁶ Cf. également à ce propos : F. GEORGE, *op. cit.*, in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, 2011, pp. 202-205.

²⁰⁷ Cette expression latine désigne l'erreur sur la personne. En néerlandais, elle se traduit généralement par l'expression « *dwalend omtrent de persoon* ».

²⁰⁸ J. DEL CORRAL, *Dwaling*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 55-56, n° 57 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 239.

²⁰⁹ On ne relève qu'une seule décision, droits belge et français confondus, concernant une convention de transaction conclue avec une personne erronée. Voy. Rouen, 4 mars 1969, *J.C.P.*, II, 15911, note M.A.

S'agissant des conditions d'application de l'erreur, l'*errans* doit d'abord démontrer le caractère déterminant de son erreur²¹⁰ : il doit prouver qu'il n'aurait pas contracté en l'absence de la personne ou d'une qualité qu'il avait en vue lors de la conclusion du contrat²¹¹. À notre avis, la sécurité juridique exige, ensuite, que l'élément déterminant ait pénétré le champ contractuel. Selon l'expression consacrée, l'erreur doit être commune²¹². Il faut démontrer, en somme, que l'élément déterminant a été porté à la connaissance de l'autre partie²¹³ ou, à tout le moins, que cette dernière n'ait pu manquer de prévoir son importance en contractant²¹⁴. Enfin, la méprise doit être excusable dans le chef de la partie trompée²¹⁵.

Au départ de ces développements, il ne faut pas se tromper : la présence d'un contrat *intuitu personae* ne représente pas une réelle condition de l'erreur sur la personne. On peut penser que cette catégorie préconçue de conventions peut être utile pour faciliter la démonstration du caractère déterminant de la méprise : la personne du cocontractant est, en effet, présumée essentielle dans les conventions *intuitu personae*²¹⁶. Force est de constater, toutefois, que cette présomption s'avère inutile la plupart du temps, parce qu'elle se limite à la personne physique du cocontractant, telle que considérée comme un tout. Or ce type d'erreur n'apparaît jamais en pratique. À l'opposé, le juge peut rarement s'appuyer sur cette catégorie abstraite de conventions afin de déceler le caractère déterminant d'une qualité²¹⁷. Il doit, à cet effet, raisonner concrètement sur l'ensemble des éléments de la cause, qu'ils soient intrinsèques ou extrinsèques au contrat²¹⁸. Au titre des éléments extrinsèques, il a déjà été fait appel à « l'opinion commune » afin d'admettre qu'une qualité puisse être considérée comme normalement déterminante du consentement de l'*errans*. Cette appréciation se justifiait compte tenu de circonstances particulières qui permettaient au juge d'y avoir recours²¹⁹.

²¹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, 2011, p. 239 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. I, *op. cit.*, p. 81 ; A. DE BOECK, « Wilsgebreken », in *Bijzondere overeenkomsten (ouvrage à feuillets mobiles)*, vol. 9, Waterloo, Kluwer, 2004, pp. 13-14 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 52.

²¹¹ Voy. not. sur la définition du caractère déterminant dans le cadre de l'erreur sur la substance : Cass., 27 septembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 216, note D. PHILIPPE ; Cass., 27 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 950.

²¹² Sur cette expression : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., *op. cit.*, p. 55.

²¹³ Cons. à ce sujet : P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 255 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 234.

²¹⁴ Cass., 24 septembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 216, note D. PHILIPPE.

²¹⁵ Cass. fr. soc., 3 juillet 1990, *Bull. civ.*, 1990, V, n° 329. Dans le même sens en droit belge : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 240.

²¹⁶ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. I, *op. cit.*, p. 81.

²¹⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4^e éd., *op. cit.*, p. 962 ; J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 1963, pp. 233-242.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Ces espèces de droit français avaient trait à l'erreur sur les qualités d'un époux. Le recours à l'opinion commune se justifiait, en l'occurrence, au départ du milieu social dans lequel vivaient les parties. Voy. not. TGI Lille, 17 mai 1962, *D.*, 1963, somm., p. 10 ; Civ. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958, *D.*, 1959, jurispr., p. 495, note G. CORNU.

Par ailleurs, il ne faut pas s'étonner si l'erreur sur la personne dépasse parfois le cadre du contrat *intuitu personae*. Elle peut effectivement porter sur la personne d'un tiers à la convention. Cette hypothèse est fréquente en pratique. Elle se rencontre, par exemple, en matière de cautionnement²²⁰, d'assurance²²¹ ou encore dans le droit de l'arbitrage²²². Elle ne peut rentrer dans le cadre de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, qui limite l'erreur à « la personne avec qui on a l'intention de contracter », c'est-à-dire au cocontractant. Cet écueil n'est pas dirimant : comme nous le verrons, il n'a pas empêché la reconnaissance de cette catégorie de méprise, par la doctrine et la jurisprudence, au départ de l'erreur sur le mobile déterminant de l'engagement (*infra*, n° 52).

§ 2. Application à la faillite

51. L'erreur sur la solvabilité du failli. L'erreur sur la personne trouvera son intérêt, dans le droit de l'insolvabilité, à propos de la méprise sur la solvabilité du débiteur failli. Deux questions méritent d'être posées à ce sujet : la solvabilité d'une partie peut-elle, tout d'abord, représenter une qualité de la personne au sens de l'article 1110, alinéa 2, du Code civil ? Ensuite, il y a également lieu de se demander si cette qualité peut s'avérer déterminante du consentement de l'*errans*.

La réponse à la première question n'est pas évidente. On peut effectivement se demander si la solvabilité ne se situe pas en dehors de la personne physique comme de ses qualités. Cette vue des choses n'est pas réellement fondée. En effet, bien que la solvabilité d'une personne s'attache à un patrimoine, elle relève également de la personne qui gère ce patrimoine. Ainsi, la solvabilité peut être « considérée comme une qualité de la personne qui possède ce patrimoine et en assure la gestion. C'est une qualité de la personne fondée à la fois sur l'élément patrimoine qu'elle a et sur ses capacités personnelles quant à la gestion de ce patrimoine »²²³.

La réponse à la deuxième question découle des éléments énoncés plus haut (*supra*, n° 50). Par principe, la simple volonté de contracter avec un partenaire solvable ne suffit pas pour que cette qualité soit élevée au rang d'élément déterminant²²⁴. Le créancier du failli devra concrètement démontrer, à l'appui d'éléments

intrinsèques ou extrinsèques à la convention, que la solvabilité de son débiteur représentait un élément essentiel de son engagement au moment de la conclusion du contrat²²⁵. Ce point a déjà été énoncé par F. Valleur, qui estime que « La solvabilité entendue largement est une qualité déterminante du consentement de l'un des contractants, où la solvabilité est le contenu le plus actif de l'*intuitu personae*. Cela est incontestable quand les parties ont fait dépendre le contrat et son maintien de l'existence et de la persistance de cette qualité en la personne de l'une d'elles ou des deux, quand cet *intuitus personae* a été introduit dans le contrat »^{226,227}.

Ces principes ont été consacrés, en droit français, par la chambre commerciale de la Cour de cassation²²⁸. De son côté, la jurisprudence belge semble s'orienter dans la même direction, même si les cas d'application ne sont pas légion²²⁹.

Enfin, au-delà de ces questions, il convient aussi de rappeler que l'erreur sur la solvabilité doit être commune et excusable pour que le juge puisse prononcer la nullité²³⁰.

52. L'erreur sur la personne du débiteur principal invoquée par la caution dans ses rapports avec le créancier. Une autre question particulière a retenu l'attention des auteurs dans le cadre de la faillite : la caution peut-elle invoquer l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal afin d'obtenir la nullité de la garantie qu'elle a consentie en faveur du créancier ? De prime abord, ce cas de figure pourrait poser problème étant donné que le débiteur principal est un tiers au contrat de cautionnement conclu entre la caution et le créancier.

La doctrine française fournit, en règle, une réponse positive à cette question²³¹, même si les auteurs considèrent, à juste titre, que pareille méprise doit rester exceptionnelle²³². En revanche, la doctrine belge fait preuve de plus de réticence. En effet, seuls quelques commentateurs se sont prononcés en faveur de la reconnais-

²²⁰ On vise l'hypothèse où l'erreur de la caution porte sur la solvabilité du débiteur principal, tiers au rapport entre ladite caution et le créancier. Voy. Cass. fr. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 60, note V. AVENA-ROBARDET ; Cass. fr. com., 1^{er} octobre 2002, *Bull. civ.*, IV, 2002, p. 149, n° 131, *J.C.P.*, G, 2003, I, 124, p. 614, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

²²¹ La méprise concerne, le plus souvent, les qualités d'un intermédiaire en assurances, comme l'existence d'un agrément dans son chef. Cet intermédiaire est tiers au contrat passé entre l'assuré et l'assureur. À ce propos : Comm. Bruxelles, 13 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, 15032, note S. SAHLI ; Bruxelles, 5 décembre 1994, *R.G.A.R.*, 1996, 12676.

²²² L'erreur peut avoir trait, en ce cas, à l'impartialité de l'arbitre. L'originalité de cette hypothèse réside dans le fait qu'elle a déjà pu entraîner, en droit français, l'annulation du pacte compromissaire, passé entre les litigants, auquel l'arbitre est tiers. Cf. Cass. fr. 2^e civ., 13 avril 1972, *D.*, 1973, jurispr., p. 2, note J. ROBERT.

²²³ F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., pp. 232-233.

²²⁴ Cass. fr. civ., 5 août 1874, *D.P.*, 1875, I, p. 105. Une rare exception pourrait être alléguée en matière de crédit, dans certaines circonstances, au départ de la présomption fondée sur l'opinion commune. Voy. en ce sens : G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., p. 262, n° 383.

²²⁵ G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., pp. 261-262.

²²⁶ F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 235, spéc. n° 92, a).

²²⁷ La doctrine et la jurisprudence ne sont toutefois pas unanimes. On avance par exemple, à titre d'obstacle à l'admission de la solvabilité comme erreur déterminante, le fait que la loi n'interdit pas au failli de se livrer à des opérations commerciales (voy. Cass. fr. civ., 5 août 1874, *D.P.*, 75.I.437 et Trib. civ. Seine, 3 août 1897, *D.P.*, 98.2.51, cités par F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 234).

²²⁸ Cass. fr. com., 1^{er} octobre 2002, *Bull. civ.*, IV, 2002, p. 149, n° 131, *J.C.P.*, G, 2003, I, 124, p. 614, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

²²⁹ Voy. Gand, 21 mars 2012, *N.J.W.*, 2012, p. 604, note R.S. ; Civ. Anvers, 18 février 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1447 ; Anvers, 4 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 367.

²³⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., op. cit., pp. 239-240.

²³¹ Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2008, p. 146 ; F. GARRON, « L'erreur sur la personne d'un tiers au contrat », *R.L.D.C.*, 2004, pp. 74-82, spéc. pp. 76-77 ; B. PETIT et S. ROUXEL, « Contrats et obligations – Erreur », in *Juris-Classeur. Code civil*, « Art. 1110 », 2015, nos 22 et 35 ; G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., pp. 261-262. Pour une synthèse du droit français, cons. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, 4^e éd., op. cit., pp. 967-971.

²³² G. KOSTIC, *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, op. cit., pp. 261-262.

sance d'un tel principe²³³. Une réponse positive mérite l'approbation compte tenu des développements qui précèdent. Le fait que l'erreur porte sur la personne d'un tiers ne constitue pas un obstacle à la nullité pour autant que l'insolvabilité soit présente au moment de la conclusion du cautionnement. À ce titre, on rappellera que ce type d'erreur s'appréhende sous l'angle de la méprise sur le mobile déterminant de l'engagement²³⁴. En droit belge, elle constitue ainsi une application de l'article 1110, alinéa 1^{er} du Code civil, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation²³⁵.

Un arrêt de la chambre commerciale de Cour de cassation française, du 1^{er} octobre 2002²³⁷, illustre ces développements. En l'espèce, l'erreur portait sur la solvabilité du débiteur principal dans le cadre du contrat de cautionnement. Une personne s'était engagée à cautionner les dettes d'une société qui fut admise en procédure de redressement judiciaire peu de temps après la conclusion du contrat. Refusant de devoir intervenir, la caution alléguait l'erreur sur la solvabilité du débiteur : elle avait effectivement pris le risque, affirmait-elle, d'aider une société présentée comme étant en difficultés financières, mais non de cautionner les dettes d'un

²³³ E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, t. XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 269. Pour un point de vue plus nuancé : M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, Anvers, Kluwer, 1999, pp. 21-22.

²³⁴ Sur la notion de mobile déterminant, c'est-à-dire de cause subjective en droit belge : P. VAN OMMESELAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine belge », obs. sous Cass. 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 328-367.

²³⁵ Il est vrai que l'on peut s'interroger sur la compatibilité entre ce recours et le caractère abstrait du cautionnement (P.A. FORIERS, « Le cautionnement et la responsabilité du donneur de crédit », obs. sous Bruxelles 21 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, pp. 282-283 ; S. VELU, « La libération de la caution à l'égard du créancier sur base d'exceptions », obs. sous Bruxelles 16 juin 1975, *Rev. de la banque*, 1976, pp. 313-317). La doctrine française pense, en règle, qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les deux, moyennant certaines précisions. Ainsi Ph. Simler estime-t-il notamment : « La finalité même [du cautionnement] interdit, en effet, à la caution d'invoquer une prétendue erreur sur une insolvabilité du débiteur survenue en cours de contrat. La couverture de ce risque constitue l'objet même de la garantie. Au surplus, cette circonstance, par hypothèse postérieure à l'engagement de la caution, ne peut avoir vicié son consentement. Au contraire, la situation patrimoniale du débiteur à l'instant de son engagement aura habituellement constitué pour la caution un élément déterminant. Si elle a cru le débiteur solvable alors qu'il ne l'était déjà plus, les conditions d'une annulation pour erreur sur la substance – sur un motif déterminant – paraissent bien remplies » (Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 4^e éd., *op. cit.*, pp. 146-147). La portée de cette affirmation pourrait sans doute être précisée en droit belge. À tout le moins l'erreur de la caution peut-elle être admise, sans heurter le caractère abstrait de cette garantie, quand la caution s'est renseignée, auprès du créancier, au sujet de la solvabilité du débiteur et que des informations erronées ou incomplètes lui ont été transmises. En ce cas, le créancier a contribué – involontairement – à provoquer l'erreur de la caution (S. VELU, *op. cit.*, *Rev. de la banque*, 1976, p. 317, spéc. n° 6). À ce sujet, la portée à attribuer au devoir de renseignement de la caution par rapport au devoir d'information du créancier reste discutée (Cf. not. Gand, 21 mars 2012, *N.J.W.*, 2012, p. 604, note R.S. ; Civ. Anvers, 18 février 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1447).

²³⁶ Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 71, *R.W.*, 2013-2014, p. 343.

²³⁷ Cass. fr. com., 1^{er} octobre 2002, *Bull. civ.*, IV, 2002, p. 149, n° 131, *J.C.P.*, G, 2003, I, 124, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

débiteur à la situation irrémédiablement compromise au moment de son engagement. *In casu*, la cour d'appel a fait droit à cette argumentation. En effet, selon elle, la caution avait pu faire de « la solvabilité du débiteur principal une condition tacite de sa garantie »²³⁸. La volonté tacite de la caution ressortait de l'interprétation de différents documents présents lors de la conclusion du contrat et, plus précisément, d'erreurs matérielles dans les documents qui lui avaient été fournis. Par ailleurs, la cour a ajouté que « la banque créancière était en relation d'affaires avec cette société [débiteur] depuis plusieurs années et ne pouvait donc ignorer cette situation »²³⁹. Par cette analyse, la Cour de cassation a estimé que les juges du fond avaient légalement justifié leur décision.

Section 4. L'influence de l'intuitus personae au stade de l'exécution du contrat

53. Introduction. L'absence de dissolution de plein droit du contrat *intuitu personae* offre de nouvelles possibilités au curateur, qui peut essayer de mener la convention à bon terme dans l'intérêt de la masse des créanciers. En effet, tout d'abord, on peut s'interroger sur la possibilité tant juridique que matérielle, pour le curateur, d'exécuter le contrat *intuitu personae*. Le curateur dispose-t-il des pouvoirs requis pour procéder à l'exécution des contrats conclus par le failli ? Dans l'affirmative, lui est-il permis de solliciter une intervention personnelle du failli ? Ensuite, cette intervention personnelle du failli est-elle nécessairement requise ? Le curateur ne pourrait-il substituer au failli un tiers qui exécuterait les prestations fixées conventionnellement ?

Afin de répondre à toutes ces questions, on étudiera l'incidence de l'*intuitus personae* au niveau de l'exécution du contrat et la substitution du cocontractant.

§ 1^{er}. Principes

54. Le principe de l'exécution personnelle du contrat *intuitu personae*. Plusieurs personnes peuvent effectuer le paiement. *Primo*, le débiteur lui-même, ce qui représente l'hypothèse normale. À la personne du débiteur, il convient aussi d'assimiler, selon H. De Page, son mandataire et son agent d'exécution. Selon cet auteur, ces personnes ne sont effectivement que des « instruments » de la volonté de l'obligé. Par conséquent, ils ne se distinguent pas réellement de lui au niveau juridique²⁴⁰. *Secundo*, à côté du débiteur, les tiers peuvent également payer la dette. L'article 1236, alinéas 1^{er} et 2, du Code civil reconnaît ce droit aux *tiers intéressés* comme *non intéressés*. Cette distinction n'a pas d'importance vis-à-vis du créancier : elle sert uniquement à déterminer l'étendue du recours, dont dispose le *solvens*, à l'égard du débiteur, après paiement²⁴¹. Cependant, à l'égard du

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 397-398, spéc. n° 402, note n° 3 : « L'instrument "juridique" du débiteur, c'est le mandataire ; l'instrument "en fait", c'est l'agent d'exécution. »

²⁴¹ Sur cette question délicate : J. DE CONINCK, « De betaling door een niet-belanghebbende derde en de toelaatbaarheid van de conventionele subrogatie *ex parte creditoris* », obs. sous Cass. 21 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, pp. 1258-1261 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, p. 400.

créancier, le paiement par un tiers, fût-il non intéressé, est toujours autorisé par principe²⁴².

Ces principes reçoivent exception, écrit-on classiquement, en présence d'un contrat conclu *intuitu personae*²⁴³. La doctrine ancre ce raisonnement dans l'article 1237 du Code civil, qui prescrit que « L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ». En vertu de cette disposition, aucun tiers ne pourra effectuer le paiement à la place du débiteur²⁴⁴. Principes logiques, pour H. De Page, car « l'exécution du contrat doit être assumée par le débiteur lui-même »²⁴⁵.

55. Un principe relatif. L'exécution personnelle ne s'impose pas avec la force de l'évidence. La manière dont H. De Page traite le rôle des agents d'exécution en témoigne. Dans un passage de son *Traité*, l'auteur écrit ainsi que leur intervention est permise dans un contrat *intuitu personae*, à la condition qu'elle reste « matérielle et secondaire »²⁴⁶. À un autre endroit, il enseigne aussi que, malgré la présence de l'*intuitus personae*, les agents d'exécution peuvent porter assistance au débiteur, pour autant que ce dernier conserve l'entière direction de l'exécution et qu'il intervienne de manière prépondérante. En somme, finit-il par ajouter, « Ce n'est que la substitution complète qui est interdite »²⁴⁷. On est bien loin d'une application stricte du principe énoncé au point précédent. Le principe de l'exécution personnelle paraît même bien plus relatif qu'absolu²⁴⁸.

56. Les hypothèses visées par l'article 1237 du Code civil. Le principe de l'exécution personnelle mériterait d'être affiné. En effet, il y a lieu de remarquer que l'article 1237 du Code civil renferme plusieurs hypothèses auxquelles on fait pourtant rarement allusion. Nous en évoquerons deux, dans le cadre de la présente contribution, au départ de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière a effectivement rappelé, dans un arrêt du 2 février 2012²⁴⁹, « [qu'en] vertu de l'article 1237 du Code civil, le créancier peut refuser le paiement par un tiers lorsqu'il a une raison légitime qui peut résulter de l'intérêt qu'il a que l'obligation, eu égard à sa nature, soit remplie par le débiteur lui-même ou ne le soit pas par un tiers dé-

²⁴² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., op. cit., p. 400.

²⁴³ Voy. not. K. ANDRIES, op. cit., in *Gemeenrechtelijke clausules*, vol. I, 2013, pp. 349-350 ; S. RUTTEN, *De betaling*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2011, p. 29 ; C. MARR, « Le paiement : modalités, instruments et imputation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (dir.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 33.

²⁴⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., op. cit., p. 395.

²⁴⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., op. cit., p. 432.

²⁴⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., op. cit., p. 396.

²⁴⁷ *Ibid.* H. De Page souligne.

²⁴⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, op. cit., p. 1377.

²⁴⁹ Cass., 2 février 2012, R.W., 2014-2015, p. 1659, note S. RUTTEN.

terminé »²⁵⁰. L'opposition du créancier peut donc s'appuyer sur des motifs tenant tant à la personnalité du débiteur qu'à celle du tiers solvens²⁵¹.

57. L'exécution personnelle justifiée par la personnalité du débiteur. Quand le créancier peut-il alléguer que la personnalité de son débiteur, en ce compris ses qualités, justifie l'exécution de l'obligation en personne ? N. Catala nous semble avoir dégagé la réponse à cette question dans sa thèse de doctorat consacrée au paiement²⁵². Selon elle, le principe de base doit être rappelé : « Le paiement par un tiers ne peut [...] être imposé [au créancier] que s'il lui apporte pleine et entière satisfaction »²⁵³. Partant, le paiement d'un tiers ne sera pas satisfaisant si les « qualités personnelles [du débiteur] participent en quelque sorte de la prestation, s'incorporent à elle et en sont un des éléments essentiels »²⁵⁴. C'est en référence à cette idée qu'il faut comprendre, à notre avis, le sens du mot « intérêt » mentionné à l'article 1237 du Code civil²⁵⁵.

La définition précise du caractère satisfaisant dépend de l'objet de l'obligation incombant au débiteur et, plus précisément, de la manière dont les parties l'ont libellé²⁵⁶. Ce travail d'interprétation permettra au juge de définir le degré d'implication du débiteur ou, en d'autres termes, l'intensité de l'*intuitus personae*. Cette analyse s'impose, selon nous, même si les parties ont indiqué son existence dans le contrat, sans en préciser explicitement l'intensité. Dans la même veine, le simple fait d'alléguer que la convention est « par nature » *intuitu personae* ne paraît pas suffisant. Les grilles de lecture, développées plus haut, représenteront de précieux alliés pour arriver à cette fin (*supra*, n^{os} 14 et s.). Ainsi l'exécution personnelle sera-t-elle requise lorsque le débiteur s'avère, dans l'intention des parties, « réifié » dans l'objet ou dans la cause de l'obligation²⁵⁷. À l'inverse, l'exécution par un tiers sera permise si l'obligation peut objectivement être exécutée par une personne autre que le débiteur²⁵⁸.

²⁵⁰ *Ibid.* Nous soulignons.

²⁵¹ À cela peut-on ajouter que le créancier pourrait s'opposer au paiement effectué un tiers, d'une part, en présence d'un accord avec son débiteur sur ce point et, d'autre part, si le paiement du tiers est susceptible de lui causer un préjudice. Sur ces hypothèses plus particulières : P. BAZIER, op. cit., in *Théorie générale des obligations et des contrats spéciaux. Questions choisies*, 2016, pp. 167-172.

²⁵² N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, 353 p.

²⁵³ *Ibid.*, p. 69.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 69, spéc. n^o 24. Dans un sens similaire : A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *J.C.P.*, G, 2008, I, 201, p. 15 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., p. 140.

²⁵⁵ Voy. pour de plus amples détails : P. BAZIER, op. cit., in *Théorie générale des obligations et des contrats spéciaux. Questions choisies*, 2016, pp. 143-144.

²⁵⁶ Voy. le parallèle avec la théorie de la caducité d'une obligation en raison de la disparition de son objet : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, op. cit., p. 24.

²⁵⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, op. cit., pp. 1377-1378.

²⁵⁸ Ce raisonnement vaut également pour les agents d'exécution. Voy. P. BAZIER, op. cit., in *Théorie générale des obligations et des contrats spéciaux. Questions choisies*, 2016, pp. 145-161 ; P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, op. cit., pp. 378-379 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 576-578.

58. L'exécution personnelle justifiée par la personnalité du tiers solvens. Cette deuxième hypothèse est peu développée par la doctrine²⁵⁹. Pourtant, la décision de la Cour de cassation du 2 février 2012²⁶⁰ n'en constitue pas la première application. En effet, un arrêt de la Cour suprême, du 28 septembre 1973²⁶¹, avait déjà admis que le créancier s'oppose au paiement d'un tiers, en raison de la personnalité de ce dernier, à la condition qu'il démontre l'existence d'un « intérêt légitime »²⁶². La haute juridiction n'a pas précisé, à cette occasion, si cette notion devait être comprise d'une manière particulière. On peut estimer que cette condition sera remplie si le créancier prouve que le tiers est incapable de lui procurer un paiement satisfaisant. Tel pourrait être le cas si cette personne ne possède pas certaines compétences requises, comme, par exemple, un agrément spécifique²⁶³. En tout état de cause, la Cour de cassation semble laisser un large pouvoir d'appréciation au juge du fond. Un examen circonstancié de l'affaire s'impose en tous cas, ce qui peut parfois s'apparenter, il est vrai, à une mise en balance des intérêts des différents intervenants²⁶⁴. Il est toutefois acquis, aux termes de l'arrêt du 2 février 2012²⁶⁵, que l'intérêt légitime doit être propre au créancier : il ne peut ainsi se fonder sur un vice qui affecte le rapport entre le débiteur et le tiers²⁶⁶. Cette analyse se comprend pour les obligations de *facere* dont l'exécution requiert souvent un certain degré d'habileté dans le chef du *solvens*. Toutefois, le raisonnement ne s'arrête pas là : l'article 1237 du Code civil trouve aussi à s'appliquer aux obligations de *dare*, quoique son libellé n'en fasse aucune allusion²⁶⁷. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 1973 l'a confirmé²⁶⁸. Dans cette optique, il est permis de penser que la disposition précitée traduit uniquement un principe plus général²⁶⁹. La référence aux obligations de *facere*, présente à l'article 1237 du Code civil, n'a ainsi qu'une valeur d'exemple ; elle représente uniquement le *quod plerumque fit*²⁷⁰.

²⁵⁹ Voy., toutefois, sur cette question : P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. II, *op. cit.*, p. 583 ; C. MARR, *op. cit.*, in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, 2014, pp. 34-35 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. II, *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁶⁰ Cass., 2 février 2012, *R.W.*, 2014-2015, p. 1659, note S. RUTTEN.

²⁶¹ Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 91, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, note J.A. VAN DAMME.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Voy. not., sur ce point, la question de la sous-traitance en matière de distribution commerciale sélective : L. DU JARDIN, *Les contrats de distribution sélective*, *op. cit.*, pp. 73-75.

²⁶⁴ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 662.

²⁶⁵ Cass., 2 février 2012, *R.W.*, 2014-2015, p. 1659, note S. RUTTEN.

²⁶⁶ Cons. à ce propos : E. LOUSBERG, « Section 2. Paiement », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (dir.), vol. 59, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 136 ; C. MARR, *op. cit.*, in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, 2014, pp. 34-35.

²⁶⁷ À ce sujet : P. BAZIER, *op. cit.*, in *Théorie générale des obligations et des contrats spéciaux. Questions choisies*, 2016, pp. 163-165 ; J.A. VAN DAMME, « Aspects juridiques du paiement par un tiers », obs. sous Cass., 28 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, pp. 242-248.

²⁶⁸ Cass., 28 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 91, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, note J.A. VAN DAMME.

²⁶⁹ Comp. S. RUTTEN, *De betaling*, *op. cit.*, pp. 32-35.

²⁷⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, p. 405.

§ 2. Application à la faillite

A. L'EXÉCUTION PAR LE CURATEUR ET PAR LE FAILLI

59. L'exécution des obligations *intuitu personae* par le curateur *qualitate qua*. À la suite du dessaisissement du failli, l'administration des biens de ce dernier est confiée à un curateur. C'est à ce dernier qu'incombera la gestion de la faillite et spécifiquement la poursuite des contrats conclus par le failli. Seront d'ailleurs qualifiés de dettes de la masse, les engagements contractés *qualitate qua* par le curateur ou le liquidateur « en vue de l'administration de ladite masse notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société en vue d'assurer l'administration convenable de la liquidation »^{271,272}.

La mission qui est confiée au curateur par le tribunal de commerce implique donc l'exécution de certains contrats au rang desquels *pourraient* figurer des contrats *intuitu personae*²⁷³. Il serait ainsi permis au curateur d'exécuter les contrats *qualitate qua* en vue de la bonne administration de la masse. Le cocontractant du failli pourrait, toutefois, arguer de l'article 1237 du Code civil et invoquer un intérêt légitime à ce que le débiteur failli exécute lui-même l'obligation qui dérive du contrat. En cas de contestation, il appartiendrait alors au tribunal de commerce de trancher souverainement la question de l'intérêt légitime du créancier à refuser l'exécution de l'obligation telle que proposée par le curateur (*supra* nos 56-57). À moins de démontrer l'existence d'un intérêt légitime, le créancier ne pourrait s'opposer à l'exécution des obligations qui découlent du contrat. Force est toutefois de constater que de nombreux contrats souscrits par le failli n'impliquent qu'une obligation de paiement à charge du curateur. Ce dernier, s'il poursuit le contrat dans l'intérêt de la masse, exécutera *qualitate qua* ces obligations de paiement qui constitueront des dettes de la masse. On pense par exemple à la poursuite des contrats d'assurance, des contrats de fourniture d'énergie ou des contrats d'entretien.

60. Exécution des obligations *intuitu personae* par le débiteur failli. Les particularités de la faillite et les pouvoirs conférés au curateur nous semblent, dans une certaine mesure, être compatibles avec une application stricte de la règle de l'article 1237 du Code civil. Le curateur dispose, en effet, de la faculté de poursuivre, aux conditions édictées par l'article 47 de la loi sur les faillites, les activités commerciales du failli. Pour ce faire, il est admis qu'il s'entoure des services du failli lui-même. De même, l'article 59 de la loi prévoit que « les curateurs

²⁷¹ Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1250, *R.C.J.B.*, 1990, p. 5. Voy. également I. VER-
OUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 480 avec
les références citées ainsi que Cass., 26 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364.

²⁷² Voy. pour une étude plus approfondie des notions et leur évolution : M. GRÉGOIRE, *Pro-
cédure collective d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 42 et s. Voy. également
A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005.

²⁷³ L'emploi du conditionnel se justifie par l'application contestée du principe de dissolution
de plein droit des contrats *intuitu personae* en cas de faillite (*supra* nos 39 et s.).

peuvent employer le failli pour faciliter et éclairer leur gestion »²⁷⁴. Le créancier ne pourrait, dans cette hypothèse, se prévaloir de l'article 1237²⁷⁵.

Cependant, le cas de figure sera plus rare puisqu'il implique généralement une poursuite d'activité, à l'égard de laquelle les curateurs se montrent généralement frileux.

61. Inexécution des obligations *intuitu personae* et voies d'action ouvertes au créancier. À défaut de dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* au jour de la faillite, on peut s'interroger sur les moyens ouverts aux créanciers à titre de sanction de l'inexécution des obligations qui incombent au failli. Le principe du maintien des contrats en cours n'interdit pas, en effet, au créancier de prendre l'initiative face à l'inaction d'un curateur.

Tout d'abord, le créancier pourra se prévaloir, sous certaines réserves²⁷⁶, d'un pacte commissaire exprès prévu dans le contrat^{277, 278}. Rien ne lui interdit également de saisir les cours et tribunaux d'une action en résolution sur le pied de l'article 1184 du Code civil^{279, 280}. Le créancier gardera néanmoins à l'esprit le prescrit de l'article 24 de la loi sur les faillites qui précise qu'à partir du jugement déclaratif de faillite, « toute action mobilière ou immobilière, toute voie d'exécution sur les meubles ou immeubles, ne peut être suivie, intentée ou exercée que contre les

²⁷⁴ L'article 59 dépasse la simple obligation de collaboration du failli (article 53 de la loi sur les faillites) et vise un travail continu (A. CLOQUET, *Les Nouvelles*, t. IV, 3^e éd., *op. cit.*, p. 637). Son champ d'application ne se limite pas, en outre, aux hypothèses de poursuites d'activité.

²⁷⁵ La règle ne vaut évidemment que pour autant que le principe de la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* ne soit pas reconnu de manière absolue (*supra* n° 39 et s.).

²⁷⁶ Par exemple, dans un contrat de vente mobilière, la mise en œuvre d'un pacte commissaire exprès est inefficace en cas de survenance d'une faillite. Sur cette question, voy. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 248 ; P. HARMEL, « La vente », *Rép. not.*, t. VII, L. 1, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 312 ; Fr. T'KINT et P. COPPENS, « La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente », *R.R.D.*, 1979, p. 892-893. En jurisprudence : Cass., 23 mai 1946, *J.T.*, 1946, p. 420, note R. PIET ; Comm. Courtrai, 12 février 1957, *Pas.*, 1958, III, p. 70. Ce principe connaît toutefois plusieurs exceptions (F. GEORGE, *op. cit.*, in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, 2011, pp. 258-259, spéc. n° 84).

²⁷⁷ F. GEORGE, *op. cit.*, in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, 2011, p. 257, n° 82 et s.

²⁷⁸ Le créancier pourra également invoquer le bénéfice d'une clause de résiliation unilatérale ou d'une condition résolutoire sans que l'application de celles-ci ne nécessite toutefois la preuve d'un manquement contractuel (voy. sur le régime applicable à ces clauses : F. GEORGE, *op. cit.*, in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, 2011, pp. 191-262).

²⁷⁹ J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, *op. cit.*, p. 325 ; A. CLOQUET, *Les Nouvelles*, t. IV, 3^e éd., *op. cit.*, p. 429.

²⁸⁰ On excepte toutefois le cas de l'action en résolution du vendeur impayé. L'article 20, 5^e de la loi hypothécaire prévoit en effet que « La déchéance de l'action revendicatoire emporte également celle de l'action en résolution, à l'égard des autres créanciers ». Voy. pour les nuances à apporter à cette exception, Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 247.

curateurs »²⁸¹. *In fine* le créancier devra se contenter d'une simple admission de sa créance au passif de la faillite²⁸².

En outre, l'exception d'inexécution est ouverte au créancier victime de l'inexécution²⁸³.

Ensuite, il est loisible au créancier d'adresser une mise en demeure au curateur sur la base de l'article 46 de la loi sur les faillites. Cet article dispose, en son paragraphe 1^{er}, alinéa 2 que « La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision [poursuite ou non de l'exécution] dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse ».

Enfin, le créancier pourrait encore négocier avec le curateur la fin du contrat de commun accord ou son exécution selon différentes modalités, au moyen, le cas échéant, d'une convention de transaction²⁸⁴.

B. SUBSTITUTION DU DÉBITEUR

62. Position du problème. Dans le cadre de sa mission, le curateur est ainsi amené à poursuivre, sauf exceptions, les contrats conclus par le failli. Le curateur dispose, en outre, de la faculté d'engager celui-ci²⁸⁵. Cette possibilité offre de nombreux avantages notamment en présence de contrats conclus *intuitu personae*.

Par ailleurs, il est tout à fait envisageable que certains contrats que l'on pourrait qualifier d'*intuitu personae* soient poursuivis après la faillite par le curateur sans passer par l'intermédiaire du débiteur failli. Se pose notamment la question de la substitution du débiteur par un tiers. Plusieurs obstacles restent toutefois à surmonter. Le curateur peut-il faire appel à un tiers pour exécuter des prestations contractuelles ? À quelles conditions ? Dans l'affirmative, le créancier pourrait-il s'y opposer ?

²⁸¹ Même si l'alinéa 2 de l'article 24 permet de diriger son action personnellement contre le failli, cette possibilité s'avère peu opportune. D'un côté, elle permet uniquement d'obtenir un titre qui ne pourra être exécuté que postérieurement au jugement de clôture. Or le jugement de clôture emporte dissolution de la personne morale. De l'autre, « il suffit pour obtenir un titre, opposable même au failli, d'assigner le curateur (Cass., 10 décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 107) » (Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 225).

²⁸² L'espoir d'un dividende est en pratique très mince pour les créanciers chirographaires.

²⁸³ T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, *op. cit.*, *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, p. 215 ; T. HÜRNER, *op. cit.*, *J.T.*, 2008, p. 343 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 220 ; A. ZENNER et C. ALTER, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2005, p. 246.

²⁸⁴ En ce cas, la conclusion de la transaction devra respecter le prescrit de l'article 58 de la loi sur les faillites.

²⁸⁵ Voy. les articles 47 et 59 de la loi sur les faillites du 8 août 1997. L'article 59 (possibilité pour le curateur d'employer le failli) ne se limite pas aux hypothèses de poursuite d'activité.

63. Substitution du failli par un tiers. En cas de poursuite de l'activité du failli, le curateur peut faire appel aux services d'un tiers sous sa surveillance et conformément aux conditions fixées à l'article 47 de la loi sur les faillites. Ces poursuites d'activité ne sont toutefois pas monnaie courante. Le curateur devra peser toute une série de paramètres afin de trancher en faveur ou non d'une poursuite. Le curateur rejette, par exemple, quasi systématiquement les poursuites dans les domaines de la construction (risques encourus par la responsabilité décennale, non-maîtrise des devis, etc.) et de l'horeca (manque de visibilité des marges bénéficiaires dû au travail en noir). À l'inverse, la présence d'encours, de nombreux débouchés et la manifestation de plusieurs repreneurs accréditent généralement l'option de la poursuite²⁸⁶.

En dehors d'une poursuite de l'activité du failli, le recours aux services d'un tiers se justifie moins. Le cas de figure est plus rare. L'hypothèse est celle d'un curateur qui, dans l'intérêt de la masse, souhaiterait, sans pour autant qu'il y ait poursuite de l'activité du failli, qu'un contrat soit exécuté non par lui-même (par exemple, lorsque l'obligation à exécuter est une obligation de paiement) mais par un tiers.

Par ailleurs, de nouveaux contrats seront, le cas échéant, conclus avec de nouveaux partenaires, par le curateur, dans l'intérêt de la masse (exemple : contrat en vue de vider et nettoyer un bien immobilier, contrat de courtage immobilier en vue de la réalisation des biens²⁸⁷, etc.). Cette hypothèse sort, toutefois, du périmètre de la présente étude.

Conclusion intermédiaire

64. Attitude du créancier du failli. Ainsi que nous l'avons remarqué, le co-contractant du failli pourrait être tenté de s'appuyer sur l'article 1237 du Code civil afin de réclamer l'exécution personnelle du contrat par celui-ci. En cas de contestation, on rappellera qu'il appartient alors au tribunal de commerce de trancher souverainement la question de l'intérêt légitime du créancier à refuser l'exécution des obligations telle que proposée par le curateur. Le créancier qui ne souhaite plus poursuivre l'exécution des obligations souscrites par le failli, ne pourrait toutefois, à notre estime, refuser le versement d'une somme d'argent du curateur agissant *qualitate qua*. À l'inverse, l'exécution des obligations de faire par un tiers nécessite une appréciation plus casuistique (*supra* nos 56-57).

Section 5. L'influence de l'*intuitus personae* au stade de la dissolution du contrat

65. Introduction. Bien qu'il n'existe pas de principe général de dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae*, ce caractère peut entraîner la fin du contrat. En pareilles circonstances, il convient de s'interroger sur le mode d'extinction qui caractérise les contrats conclus en considération de la personne :

²⁸⁶ La fiabilité de l'organe de gestion constitue une condition essentielle de la poursuite.

²⁸⁷ L'autorisation du juge commissaire sera requise conformément à l'article 43 de la loi sur les faillites.

s'agit-il d'une nullité, d'une résolution, d'une résiliation, d'une force majeure ou encore d'une caducité²⁸⁸ ?

Les modes classiques que sont la nullité, la résiliation la force majeure et la résolution se révéleront toutefois inadéquats (§ 1), raison pour laquelle nous nous pencherons davantage sur l'hypothèse de la caducité du contrat (§ 2). Au préalable, la place qu'occupe la volonté des parties et l'importance de la rédaction des clauses contractuelles seront brièvement rappelées.

66. Difficulté liée au caractère supplétif de l'*intuitus personae*. Le caractère *intuitu personae* des contrats ne touche pas à l'ordre public et n'est pas impératif. Les parties peuvent donc librement y déroger. Partant, il leur est permis d'estampiller leur contrat d'*intuitus personae* par le biais d'une clause spécifique. Le législateur impose parfois aux parties de se prononcer. À ce titre, on peut mentionner l'article X.28, § 1^{er}, 1^o du Code de droit économique²⁸⁹ qui dispose que le document particulier qui doit être rédigé en vue de la conclusion d'accords de partenariat doit comprendre « la mention que l'accord de partenariat commercial est conclu ou non en considération de la personne ».

En outre, sans recourir à la qualification d'*intuitus personae*, les parties sont légitimement en droit de prévoir une condition résolutoire, une clause de résiliation unilatérale ou un pacte commissaire exprès qui sortira ses effets dans le cas de faillite²⁹⁰. Quant aux créanciers, il est souhaitable qu'ils anticipent les litiges potentiels en insérant des clauses contractuelles claires et précises. Ces dernières pourront, par exemple, régler le sort à réserver au contrat en cas de faillite, la déduction de dommages et intérêts, etc. La pratique regorge de possibilités et invite à la créativité²⁹¹ : pacte commissaire exprès avec ou sans clause pénale, condition résolutoire, stipulation conférant à un contrat le caractère *intuitu personae*, clause de résiliation anticipée, etc.

§ 1^{er}. Les modes de dissolution inadéquats

67. La nullité. Le recours à la nullité peut être rejeté d'emblée pour expliquer la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* en cas de faillite. Il n'est normalement pas question d'un vice originel qui aurait affecté l'accord de volonté intervenu entre le failli et son cocontractant. En règle, la faillite est donc postérieure et, partant, sans rapport avec la formation du contrat. En revanche, comme nous l'avons remarqué, il existe des situations spécifiques lors desquelles la nullité pourra être invoquée (*supra*, n° 51). Néanmoins, il ne s'agit pas de la règle générale.

²⁸⁸ Voy. à ce propos : F. GEORGE, *op. cit.*, in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, 2011, pp. 202-205.

²⁸⁹ Anciennement l'article 4 de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial.

²⁹⁰ Voy. sur la validité de ces clauses : F. GEORGE, *op. cit.*, in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, 2011, pp. 191-262.

²⁹¹ L'opposabilité de certaines clauses se heurte toutefois, de temps à autre, au principe de l'égalité des créanciers.

68. La résiliation. Une partie de la doctrine soutient que tous les contrats *intuitu personae* seraient assortis d'un droit de résiliation *ad nutum*²⁹², tel que le montrerait l'article 2004 du Code civil, qui prévoit cette faculté en faveur du mandant. Cette analyse doit être rejetée principalement pour deux raisons.

H. De Page écrit qu'une disposition légale doit consacrer la faculté de résiliation pour que la partie au contrat conclu en considération de la personne puisse en faire usage²⁹³. On peut ainsi s'interroger sur la place occupée par l'*intuitu personae* s'il est nécessaire de se référer, en fin de compte, à une disposition légale consacrant explicitement ce droit de rupture *ad nutum*. Par ailleurs, il y a lieu d'observer que l'origine de ce principe demeure une nouvelle fois bien obscure. H. De Page semble se référer aux écrits de F. Valleur, qui y avait songé dans le cadre de la disparition de la confiance, sans pour autant admettre le principe au terme de son raisonnement.

En effet, F. Valleur a écrit à propos de ce droit de résiliation que « si cette idée était juste, on devrait en trouver l'application en principe dans tous les contrats *intuitu personae*. Elle suffirait par exemple à expliquer, outre l'article 2003 alinéas 2 et 3, l'article 1865, 5°, complété par les articles 1869 et 1870 (société), peut-être aussi l'article 1794 (marché à forfait), l'article 1944 (dépôt), les articles 1888 et 1889 (prêt à usage) [...] Mais en réalité toutes ces dispositions n'ont en général rien à voir avec la présence de l'*intuitu personae* dans ces contrats. Ce droit de rupture unilatérale est fondé sur des idées tout autres que la disparition de l'affection ou de la confiance²⁹⁴ ».

Cette opinion mérite l'approbation étant donné que l'*intuitu personae* est loin de reposer exclusivement sur un sentiment de confiance (*supra*, n° 21 et s.)²⁹⁵. Ainsi, il paraît difficile de soutenir l'existence d'un droit de résiliation *ad nutum* dans tous les contrats *intuitu personae*. En conséquence, la résiliation *ad nutum* ne paraît pas représenter un fondement adéquat pour expliquer, d'une manière générale, la dissolution du contrat lors de la survenance d'une faillite. Cette idée ne trouve d'ailleurs pas d'écho en jurisprudence.

69. La résolution. Il reste encore à apprécier l'hypothèse d'une résolution. Pour rappel, la résolution, au sens de l'article 1184 du Code civil, est une cause de dissolution, généralement judiciaire, propre aux contrats synallagmatiques qui « s'explique par l'interdépendance des obligations réciproques des parties »²⁹⁶. Le contrat peut être résolu lorsque l'un des cocontractants manque à l'un de ses en-

²⁹² Cf. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, p. 433.

²⁹³ *Ibid.* Dans un sens similaire : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 187.

²⁹⁴ F. VALLEUR, *L'intuitu personae dans les contrats*, *op. cit.*, pp. 315-316.

²⁹⁵ Comp. également pour d'autres critiques allant dans un sens similaire : F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 531-533 ; P.A. FORTIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, p. 123. En droit français : Ph. SIMLER, « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *J.C.P.*, 1971, doctr. 2413.

²⁹⁶ P. WÉRY, *op. cit.*, in *La fin du contrat*, 2001, p. 32.

gagements pour autant que ce manquement soit suffisamment grave pour mériter semblable sanction.

La faillite est un événement neutre qui ne peut s'assimiler à un manquement contractuel grave permettant de justifier *ipso facto* la résolution du contrat²⁹⁷. La distinction est importante non seulement pour la mise en œuvre d'une clause pénale après faillite²⁹⁸ mais également pour différencier « condition résolutoire » et « pacte commissaire exprès ». Dans la mesure où la faillite ne constitue pas intrinsèquement un manquement grave, le créancier d'une obligation inexécutée d'un contrat conclu *intuitu personae* ne pourra solliciter, sur la base de la simple survenance de la faillite, la résolution judiciaire du contrat ainsi que des dommages et intérêts²⁹⁹.

Il est donc généralement conseillé au cocontractant d'une convention *intuitu personae* de se prémunir. Ce dernier pourra, par exemple, renoncer, dès la conclusion du contrat, à sa dissolution de plein droit et préférer l'insertion d'un pacte commissaire exprès en cas de faillite. Une autre solution consiste à stipuler des clauses dérogatoires au principe selon lequel la dissolution de plein droit n'emporte pas le droit au paiement de dommages et intérêts³⁰⁰.

70. La force majeure. La survenance d'une faillite ne peut s'apparenter, en tant que telle, à un cas de force majeure³⁰¹, à moins « qu'elle n'ait été elle-même pro-

²⁹⁷ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 933 ; M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 177.

²⁹⁸ Cf. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 428 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 696.

²⁹⁹ L. HERVE constate en effet qu'il n'y a aucune inexécution fautive ayant précédé la dissolution de plein droit (*op. cit.*, *Act. dr.*, 1997, p. 429).

³⁰⁰ Le principe de l'égalité des créanciers vient toutefois limiter cette possibilité en cas de faillite : le cocontractant du failli ne pourra se prévaloir d'une clause pénale après le jugement déclaratif de faillite (Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, *Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 234 ; Comm. Charleroi, 16 février 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 147). Derrière cette limpidité illusoire se cachent quelques subtilités qu'il importe de ne pas perdre de vue. P. Wéry précise ainsi que « si la clause pénale est destinée à sanctionner un manquement au contrat, elle sortit ses effets malgré la faillite du débiteur, et ce, même si c'est à l'occasion de celle-ci que le failli ne respecte pas ses obligations » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 696, spéc. n° 705 et la jurisprudence citée ; Mons, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 15 et s. ; Mons, 9 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1383, obs. L.-M. HENRIOT, *R.R.D.*, 1991, p. 283 ; Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 973, *J.L.M.B.*, 1987, p. 137, obs. Cl. P., *R.W.*, 1986-1987, col. 818. Voy. dans le même sens, I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 428). Ce n'est en effet que si la clause a été prévue pour les cas de faillite qu'elle s'oppose au principe de l'égalité des créanciers (I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 428).

³⁰¹ Comm. Dinant 26 mai 1987, *Rev. de la banque*, 1988, p. 33 ; Bruxelles, 6 juin 1985, *Res et jura imm.*, 1986, p. 17 ; Comm. Liège, 8 juillet 1910, *Pas.*, 1910, III, pp. 290-291 ; Gand, 30 mai 1889, *Jur. Fl.*, 1889, p. 255 ; Gand, 30 avril 1889, *Jur. Fl.*, 1889, p. 259 ; Gand, 20 avril 1887, *Pas.*, 1887, p. 385 ; Comm. Gand, 12 juin 1886, *Jur. Fl.*, 1886, p. 290. Voy. toutefois *contra* Comm. Gand, 3 décembre 1884, *Jur. Fl.*, 1886, p. 317 : « La faillite, au point de vue de la fixation des droits des créanciers, doit donc être

voquée par un événement de force majeure »³⁰². La jurisprudence sur la question est constante : la faillite résulte effectivement, le plus souvent, de faits imputables au débiteur³⁰³. De son côté, la doctrine ne livre que très peu de développements sur le sujet³⁰⁴.

§ 2. La caducité des contrats *intuitu personae* : un mode de dissolution adéquat ?

71. Caducité d'une obligation par disparition de son objet et de sa cause. La caducité désigne l'hypothèse où une obligation se voit privée d'un élément essentiel à sa formation, sans lequel elle ne peut survivre³⁰⁵. La capacité, le consentement, l'objet et la cause forment ces éléments essentiels, comme le prévoit l'article 1108 du Code civil.

Cette figure juridique représente un cadre théorique intéressant pour expliquer les différents exemples de dissolution des obligations et, par conséquent, des contrats *intuitu personae* cités tout au long de la présente étude. Cependant, sur ce point précis, les développements doctrinaux restent relativement modestes ; de même, peu de décisions de jurisprudence ont déjà fait application de cette idée. De la sorte, les développements qui suivent s'inscrivent davantage dans une optique prospective, destinée à placer les premiers jalons d'un régime qui reste encore largement à peaufiner à l'avenir.

Ainsi, nous nous arrêterons d'abord sur la caducité de l'obligation par disparition de son objet (A.). Nous évoquerons ensuite brièvement la caducité d'une obligation en raison de la disparition de sa cause. En effet, ce deuxième type de caducité suscite encore d'importants débats que nous n'aurons pas l'occasion d'aborder dans le cadre du présent rapport³⁰⁶. Nous y ferons tout de même écho, dans la mesure où, selon certains, cette sorte de caducité peut s'avérer utile lors d'une faillite (B.).

considérée comme un cas de force majeure, ne pouvant donner lieu à charge de la masse à des dommages et intérêts au profit des créanciers. »

³⁰² Sur le principe et son exception : J.-Ft. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, in *La force majeure. État des lieux*, 2013, p. 46. Les auteurs tempèrent toutefois l'exception en indiquant que l'événement de force majeure ne peut être « un simple élément déclencheur d'une situation financière déjà fragilisée par le fait du débiteur lui-même ».

³⁰³ Civ. Bruxelles, 26 janvier 2012, *D.C.C.R.*, 2012, p. 125 ; Bruxelles, 27 janvier 2011, R.G. n° 2004/AR/1114, *www.juridat.be* ; Comm. Liège, 8 juillet 1910, *Pas.*, 1910, III, p. 291 : « La faillite n'est pas un événement de force majeure, mais un fait imputable au débiteur. »

³⁰⁴ Les auteurs suggèrent parfois son application sans réellement développer leur avis dans le détail. Voy. not. : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, pp. 827-828. P. Brulez suggère aussi l'application de la force majeure, mais, quant à lui, en cas de décès du débiteur *intuitu personae* : P. BRULEZ, *Koop en aanneming: faux amis?*, *op. cit.*, pp. 396-398.

³⁰⁵ S. STUNS, *Verbintenissenrecht*, vol. II, *op. cit.*, p. 149.

³⁰⁶ Pour une synthèse récente : D. STERCKX et L. STERCKX, « Les clauses de tontine et d'accroissement à l'épreuve de la désaffection des partenaires : la caducité ressuscitée ? », obs. sous Cass. 6 mars 2014, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 388 à 413.

A. LA CADUCITÉ PAR DISPARITION DE L'OBJET

1. Principes

72. Notion. Comme l'a récemment écrit le professeur R. Jafferali, « la caducité par disparition de l'objet fait figure d'institution presque banale » en droit belge³⁰⁷. Il est vrai que la Cour l'a mise en évidence dans un arrêt du 28 novembre 1980³⁰⁸. La doctrine et la jurisprudence belges lui ont réservé bon accueil, sous l'impulsion déterminante des écrits du professeur P.A. Foriers³⁰⁹. Cette reconnaissance a trouvé son aboutissement dans une autre décision de la Cour de cassation, du 14 octobre 2004³¹⁰, qui a élevé ce mécanisme juridique au rang de principe général du droit.

73. Le rapprochement avec l'*intuitus personae*. La doctrine a tôt fait le rapprochement entre l'*intuitus personae* et la caducité de l'obligation par disparition de son objet. Ainsi en est-il notamment de X. Dieux³¹¹, S. Stijns³¹², P. Van Ommeslaghe³¹³, P.A. Foriers³¹⁴ et, plus récemment, de R. Jafferali³¹⁵.

À nouveau, l'hypothèse du décès du débiteur *intuitu personae* représente le point de départ du raisonnement. En soi, la disparition de ce cocontractant n'entraîne pas nécessairement l'extinction des obligations qu'il a contractées. Encore faut-il démontrer, pour arriver à ce résultat, que cette partie est inséparable de l'objet des obligations à exécuter ou, en d'autres termes, qu'elle est intégrée dans cet élément. Dans ce cas de figure, comme le remarque R. Jafferali, « lorsque la personne du débiteur est véritablement intégrée à l'objet ("réifiée"), l'impossibilité dans laquelle se trouve ce débiteur d'exécuter personnellement l'obligation entraîne alors la caducité de celle-ci. En effet, même si la prestation pouvait théoriquement être encore fournie par un tiers, celle-ci ne serait pas la prestation

³⁰⁷ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. JAFFERALI (dir.), coll. « UB³ », Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 130, spéc. n° 1.

³⁰⁸ Cass. 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70, note P.A. FORIERS.

³⁰⁹ Cf. not. P.A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », obs. sous Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74-113.

³¹⁰ Cass. 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1590 ; Cass. 14 octobre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 717, note O. MIGNOLET ; Cass. 14 octobre 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 859, note C. CAUFFMAN.

³¹¹ X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », obs. sous Comm. Bruxelles 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, p. 397.

³¹² S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitenrechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antvers-Apeldoorn, Kluwer, 1994, pp. 89-91. S. Stijns établit aussi d'importants rapprochements avec la dissolution du contrat *intuitu personae* par la disparition de la cause de la convention (*infra*, n° 77-78).

³¹³ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 991.

³¹⁴ P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, pp. 32-33.

³¹⁵ R. JAFFERALI, *op. cit.*, in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, p. 164.

promise telle que les parties se la sont représentée »³¹⁶. Ce point de vue mérite l'approbation : il ne réduit effectivement pas l'*intuitus personae* à un bloc monolithique, mais il le considère, à l'inverse, comme un principe susceptible de varier en intensité (*supra*, nos 14 et s.).

Cette analyse peut sans doute s'appliquer à d'autres situations, dont l'incapacité, la déconfiture ainsi qu'à la faillite³¹⁷ : ces événements peuvent aussi affecter la personne du débiteur pour rendre impossible l'exécution en nature de ses obligations *intuitu personae*. Le lien contractuel peut alors prendre fin de plein droit, à la condition de démontrer l'indivisibilité de ses obligations avec celles encore présentes dans la convention³¹⁸. En définitive, M. Lemal résume remarquablement cette idée lorsqu'il écrit que « la faillite ne pourrait entraîner la dissolution de plein droit d'un contrat *intuitu personae* que dans l'hypothèse où, de prime abord, il apparaît qu'il sera impossible, matériellement ou juridiquement, d'en poursuivre l'exécution »³¹⁹.

Il convient d'illustrer l'application de ces principes dans le droit de la faillite.

2. Application à la faillite

74. Conditions de la caducité d'une obligation par disparition de son objet.

Nous ne pourrions examiner ici, dans le détail, l'ensemble du régime de la caducité d'une obligation par disparition de son objet³²⁰. Nous nous bornerons ainsi à épinglez quelques points essentiels.

Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que l'impossibilité d'exécuter une obligation en nature représente la condition *sine qua non* pour en constater la caducité³²¹. Cette impossibilité peut résulter d'une perte matérielle de l'objet, comme, par exemple, lors de sa destruction. De même, la perte peut être juridique : on songe notamment à la mise hors commerce d'un bien ou encore à sa réquisition³²². Dans les deux cas, l'impossibilité d'exécuter l'obligation en nature emportera sa dissolution de plein droit. Cette dissolution ne porte pas préjudice à la naissance d'une

³¹⁶ R. JAFFERALI, *op. cit.*, in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, p. 164. Voy. dans un sens similaire : P.A. FORTIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, pp. 32-33.

³¹⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, p. 164.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ M. LEMAL, *op. cit.*, *G.U.J.E.*, 2^e éd., t. XIX, L. 189.2, p. 79. Dans le même sens : Fr. T'KINT et W. DERJCKE, *La faillite*, *Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 217. Voy. également, E. BONNICHON, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, *op. cit.*, pp. 20-21.

³²⁰ Cons. à ce propos : R. JAFFERALI, *op. cit.*, in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, 2016, pp. 129-230.

³²¹ C. CAUFFMAN, « Het verval van verbintenissen wegens het teloorgaan van hun voorwerp erkend als algemeen rechtsbeginsel », obs. sous Cass. 14 octobre 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 860 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitenrechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 85-86.

³²² À ce sujet : P.A. FORTIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, pp. 25-42.

dette de réparation au cas où la disparition de l'objet résulterait d'une faute du débiteur³²³.

Ensuite, on gardera à l'esprit que la volonté des parties joue un rôle central dans l'appréciation de l'impossibilité d'exécution. *Primo*, la définition de l'objet d'une obligation n'est jamais purement abstraite. Cette opération dépend, à l'inverse, de la représentation qu'en ont concrètement les parties dans le cadre de l'économie de leur convention³²⁴. *Secundo*, l'impossibilité d'exécution s'apprécie aussi en fonction des obligations des parties. Elle dépend donc de leur portée ainsi que de leur intensité, ce qui est par essence variable³²⁵. En ce sens, la simple perte de l'objet de l'obligation – postérieure à sa formation – ne suffit pas pour constater l'impossibilité d'exécution³²⁶.

Enfin, la caducité est une notion qui concerne, au premier chef, l'obligation et non le contrat³²⁷. Dans les contrats synallagmatiques, l'extinction des obligations d'une partie entraînera normalement la caducité des obligations réciproques de son cocontractant en vertu de l'interdépendance qui les caractérise (article 1102 du Code civil)³²⁸. Par ailleurs, on rappellera que le passage de la dissolution d'une obligation à celui de la convention n'est pas automatique : il ne se produit qu'à partir du moment où il est établi que les obligations, éteintes par la caducité, sont indivisibles de l'ensemble des autres obligations issues de la convention³²⁹.

75. Illustrations de l'impossibilité juridique d'exécution. L'impossibilité juridique d'exécution entretient un rapport étroit avec le dessaisissement du patrimoine du débiteur failli. En ce cas, ce dernier perd sa capacité à administrer et à en disposer au profit du curateur (*supra*, n° 31). Ainsi, comme l'enseigne L. Fredericq, « Lorsque, dans l'intention des parties, l'engagement dont l'exécution intéresse le patrimoine du débiteur ne peut être tenu que par lui, sa fail-

³²³ P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 992.

³²⁴ P.A. FORTIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, P. WÉRY (dir.), coll. « C.U.P. », vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 236-237.

³²⁵ P.A. FORTIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, p. 64. Voy. aussi dans un sens similaire : C. CAUFFMAN, *op. cit.*, *R.W.*, 2005-2006, p. 862.

³²⁶ Comme l'enseigne P.A. Fortiers, en cas de perte de la chose louée, par force majeure par exemple, le bailleur peut s'être engagé à reconstruire le bien ou, dans un cadre proche, à le mettre simplement en l'état à disposition de l'utilisateur, sans pour autant devoir en fournir la jouissance en tant que telle. Voy. P.A. FORTIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, pp. 65-66.

³²⁷ R. JAFFERALI, *op. cit.*, in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, 2016, p. 154.

³²⁸ *Ibid.*, p. 193. Il s'agit, selon l'auteur, d'une application de la théorie des risques. Encore faut-il tenir compte de la nature spécifique de certaines conventions, dont celles translatives de propriété. En ce cas, le contrat pourrait subsister même si l'objet des obligations d'une partie disparaît. Tel est notamment le cas en matière de vente, où l'acheteur doit payer le prix de la chose vendue, malgré la disparition fortuite de celle-ci. Cf. not. Cass., 4 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 275.

³²⁹ R. JAFFERALI, *op. cit.*, in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, 2016, p. 191-194.

lite doit nécessairement rendre le contrat caduc »³³⁰. Fr. T'Kint, W. Derijcke³³¹ et P.A. Foriers³³² estiment aussi que le dessaisissement peut constituer un obstacle juridique, qui empêche le débiteur de remplir ses engagements patrimoniaux.

En outre, la dissolution de ses obligations patrimoniales requiert qu'un tiers – dont le curateur – ne peut se substituer à lui, compte tenu de l'économie de la convention, afin d'en assurer la gestion³³³. En principe, il faut donc s'armer des différentes grilles de lecture pour déterminer l'intensité de l'*intuitus personae* (*supra*, n° 27).

Dans cet ordre d'idées, L. Fredericq cite « le mandat, la commission (qui n'est pas un mandat), et le contrat de société de personnes »³³⁴. « Pour les mêmes motifs », ajoute-t-il, « l'ouverture de crédit et le compte courant sont résiliés de plano par la faillite du crédit »³³⁵.

Ce point de vue a déjà été consacré, en jurisprudence, comme étant le fondement de la dissolution de différentes conventions bancaires : dans un arrêt du 15 octobre 2002³³⁶, la cour d'appel de Liège a estimé que « la clôture des comptes courants et de l'ouverture de crédit intervient [...] lorsque l'impossibilité juridique de poursuivre l'exécution du contrat a été consacrée par le jugement déclaratif de faillite »³³⁷.

³³⁰ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, *op. cit.*, p. 533.

³³¹ Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, *Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 217.

³³² P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, p. 116.

³³³ Dans le même sens, le curateur peut décider, dans certaines circonstances, de substituer un tiers au failli pour l'exécution des obligations *intuitu personae*. Le créancier peut, toutefois, en ce cas, se fonder sur l'article 1237 du Code civil afin de refuser l'exécution des obligations par un tiers (*supra*, n° 63-64).

³³⁴ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, *op. cit.*, p. 533. On notera que la dissolution du mandat et du contrat de société peuvent aussi s'expliquer par la disparition de la confiance, comme l'indiquent les travaux préparatoires du Code civil (*supra*, n° 45).

³³⁵ *Ibid.* Comp. dans un sens similaire : Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, *Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 217.

³³⁶ Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138.

³³⁷ Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138, spéc. p. 139. À propos de l'ouverture de crédit, on peut se demander pourquoi le curateur ne pourrait pas exercer les droits du failli, à savoir la possibilité de faire usage de la ligne de crédit. En cas de litige à ce sujet, les cours et tribunaux acceptent rarement pareille demande. La Cour de cassation semble s'orienter dans cette voie. En effet, elle a affirmé, dans un arrêt du 26 novembre 2009, concernant la saisie-arrêt de l'ouverture de crédit : « Een kredietopening verleent aan de kredietnemer een persoonlijk recht om, op zijn verzoek, gebruik te maken van de door de kredietovereenkomst toegekende kredietruimte. Een dergelijke overeenkomst doet geen voor beslag vatbare schuldverdring ontstaan waarvan de kredietgever melding moet maken in zijn verklaring als derde-beslagene » (Cass., 26 novembre 2009, *D.B.F.*, 2010, p. 100, note D. VAN DER MOSEN et J.-P. BUYLE). Cette décision s'accorde avec une partie de la doctrine qui pense que les droits issus de l'ouverture de crédit sont, en raison de son caractère *intuitu personae*, incessibles, intransmissibles et insaisissables (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., *op. cit.*, p. 405). De-là à considérer que le bénéficiaire de l'ouverture de crédit s'avère, en certaines circonstances, réifié

Une décision du président du tribunal de commerce de Bruxelles, du 9 décembre 1982³³⁸, fournit un autre exemple dans le droit de la distribution commerciale. Cette affaire concerne la faillite d'un franchiseur. En l'espèce, le président relève explicitement le caractère *intuitu personae* du contrat dans le chef de cette personne. Par ailleurs, le curateur n'a pas été autorisé à poursuivre la franchise, car la faillite avait été prononcée sans poursuite d'activité. Sur la base de ce constat, le président a constaté que le franchiseur « ne pouvait plus exécuter ses obligations envers le franchisé ». L'extinction de ses obligations devait entraîner, selon le magistrat, la fin du contrat de franchise dans son ensemble. Même s'il n'en fait pas explicitement mention, le magistrat considère bien que le franchiseur se trouve dans l'impossibilité juridique d'exécuter ses obligations en raison de l'absence de poursuite d'activités³³⁹.

76. Illustrations de l'impossibilité matérielle d'exécution. L'*intuitus personae* est un principe qui varie tant dans son intensité que dans sa nature. Les caractéristiques patrimoniales du débiteur sont loin d'être les seules à pouvoir être prises en compte lors de la conclusion d'une convention (*supra*, n° 20 et s.).

En effet, A. Delvaux et A. Dessard rappellent, à juste titre, que « le caractère *intuitu personae* d'un contrat peut tenir plus de l'art ou de l'habileté individuelle de l'artisan (en ébénisterie, menuiserie, ferronnerie, etc.) que de son patrimoine »³⁴⁰. En ce cas, le dessaisissement du débiteur n'a pas nécessairement pour effet de créer une impossibilité absolue d'exécution de ses obligations³⁴¹ : le curateur peut très bien opter pour la continuation du contrat en décidant, par exemple, d'employer le failli comme les articles 47 et 59 de la loi sur les faillites l'autorisent (*supra*, n° 60). Le caractère *intuitu personae* des obligations du failli n'est alors nullement heurté, puisque ce dernier exécute ses engagements en personne.

Ce raisonnement ne signifie pas que la dissolution soit impossible. Toutefois, il convient de rechercher concrètement les raisons qui justifieraient l'impossibilité matérielle d'exécution. Un examen au cas par cas s'impose en conséquence. On songe notamment à l'hypothèse où le curateur aurait vendu, avant le premier procès-verbal de vérification des créances et conformément à l'article 49 de la loi sur les faillites³⁴², les actifs indispensables à la poursuite de certains contrats (par exemple, l'outillage et le matériel nécessaires pour réaliser les prestations prévues dans un contrat d'entreprise).

dans l'objet de ses droits, ce qui implique qu'il puisse seul puiser dans la ligne de crédit, il n'y a qu'un pas.

³³⁸ Comm. Bruxelles (réf.), 9 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 399.

³³⁹ *Ibid.*, spéc. p. 400.

³⁴⁰ A. DELVAUX et D. DESSARD, *Le contrat d'entreprise*, *Rép. not.*, t. IX, L. 8, *op. cit.*, p. 253.

³⁴¹ M. LEMAL, *op. cit.*, *G.U.J.E.*, 2^e éd., t. XIX, L. 189.2, p. 79, n° 1470. Dans un sens similaire : Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, *Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 217, spéc. n° 223, note n° 1. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE prennent soin, toutefois, de citer les propos de E. Thaller et J. Percerou afin d'appuyer leur point de vue (E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité*, t. II, 1913, n° 879, pp. 27-28, tel que cité par les auteurs).

³⁴² Cet article dispose : « Les curateurs peuvent, nonobstant tout recours contre le jugement déclaratif de faillite et sur l'autorisation du juge-commissaire, vendre immédiatement les actifs sujets à déperissement prochain, à dépréciation imminente, ou si le coût de la conservation des biens est trop élevé compte tenu des actifs de la faillite. »

B. CADUCITÉ PAR DISPARITION DE LA CAUSE

77. Principes. Peut-on reconnaître un rôle à la disparition de la cause d'une relation contractuelle *intuitu personae* lors de la survenance d'une faillite ? À ce titre, rappelons que la validité de tout acte juridique est subordonnée, selon la Cour de cassation, à l'existence d'une cause³⁴³, qualifiée de subjective, parce qu'elle renvoie aux mobiles qui ont principalement poussé les parties à contracter³⁴⁴. En règle, la disparition de la cause subjective d'un acte juridique n'a pas d'impact sur sa validité. Cependant, ce principe peut connaître des exceptions³⁴⁵.

Dans le cadre de ces exceptions, une partie de la doctrine belge pense que la faillite peut provoquer la disparition de la cause d'un acte juridique et, en certaines circonstances, son impossibilité d'exécution³⁴⁶. Tel est le cas lorsque la faillite ébranle définitivement et irrémédiablement la confiance entre les parties³⁴⁷.

C'est ici qu'interviennent les contrats *intuitu personae*, qui peuvent reposer sur la confiance déterminante entretenue par les parties (*supra*, n° 22). Ainsi, P.A. Foriers a pu écrire, d'une manière générale, qu'il est possible qu'un événement, fautif ou non fautif, tel qu'un motif grave, fasse objectivement « obstacle à la poursuite de la relation contractuelle dans diverses conventions présentant un certain caractère *intuitu personae* »³⁴⁸. En ce cas, explique cet auteur, « la perte

de confiance, qui touche à la cause de la convention [...] débouche, par ailleurs, objectivement sur un obstacle à la poursuite de la relation contractuelle. La disparition d'un des aspects de la cause mobile déterminants débouche donc sur une forme d'impossibilité d'exécution »³⁴⁹.

Les écrits de S. Stijns s'inscrivent dans une logique similaire³⁵⁰. L'idée rejoint, en quelque sorte, les raisons qui ont poussé les rédacteurs du Code civil à insérer l'article 2003 ainsi que l'ancien article 1865, 3° et 4°, du Code précité (actuel article 39, 3° et 4°, du Code des sociétés)³⁵¹.

78. Un raisonnement intéressant mais encore incertain dans le cadre de la faillite. Le raisonnement tenu au point précédent paraît intéressant. Il est d'ailleurs parfois invoqué en matière de procédure de réorganisation judiciaire. À titre d'exemple, I. Verougstraete a écrit, dans ce domaine, que « l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats conclus *intuitu personae*, à moins bien entendu que la confiance des parties au contrat conclu *intuitu personae* ne soit ébranlée au point que ledit contrat ne puisse être davantage exécuté »³⁵².

Force est de constater, cependant, que son application reste incertaine dans le cadre de la faillite.

Tout d'abord, on notera que la jurisprudence n'offre presque aucune application de ces principes³⁵³. En réalité, la principale application de la disparition de la confiance réside dans la dissolution des conventions bancaires, telles que l'ouverture de crédit, lors de la survenance d'une faillite. Pour d'autres, ces contrats sont conclus en fonction de la confiance portée dans les qualités morales et financières du crédit. La survenance d'une faillite porterait irrémédiablement atteinte à cette confiance déterminante³⁵⁴. Si le raisonnement ne semble pas contestable, on concéderait tout de même que les conventions de ce type contiennent presque toujours des clauses précisant les cas de dénonciation³⁵⁵. Aussi, même en l'absence de pareille clause ou en présence d'une clause ne visant pas la faillite, rappelons

³⁴³ Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 326, note P. VAN OMMESSLAGHE.

³⁴⁴ P.A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences belge et française*, E. VAN DEN HAUTE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 48-49. Dans sa conception objective, la cause renvoie à la contrepartie contractuellement convenue avec le cocontractant. La Cour de cassation a reconnu la coexistence de la conception objective et subjective de la cause (Cass., 14 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2011, p. 350, note S. NUDELHOLC). Cependant, pour d'autres, l'acception objective n'a que peu d'utilité en droit belge : la contrepartie contractuellement convenue s'apparente effectivement à l'objet. Dès lors, la caducité par disparition de la cause objective ne pose pas de difficulté, étant donné qu'elle renvoie normalement à la caducité par disparition de l'objet (J.-Fr. ROMAIN, « Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, mobiles qui en particulier les libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant », obs. sous Cass. 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 101).

³⁴⁵ Cass., 6 mars 2014, *J.T.*, 2015, p. 617, note V. WYART, *Pas.*, 2014, p. 612, *R.G.D.C.*, 2014, p. 261, note F. PEERAER et *R.G.D.C.*, 2014, p. 487, note L. SAUVEUR, *R.C.J.B.*, 2015, p. 383, note D. STERCKX et L. STERCKX, *R.W.*, 2013-2014, p. 1625, note D. MICHIELS ; Cass., 12 décembre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 236, note M.A. MASSCHELEIN, *R.C.J.B.*, 2011, p. 329, note S. NUDELHOLC.

³⁴⁶ A. BOËL, *op. cit.*, in *Obligations. Traité théorique et pratique*, f. mob., 2008, p. V.2.5-11 ; P.A. FORIERS, « La caducité revisitée », *J.T.*, 2000, p. 678 ; T. DE LOOR, « Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak », *R.W.*, 1995-1996, p. 773.

³⁴⁷ Y. VAN WASSENHOVE, « Kredietverlening aan KMO's », *N.J.W.*, 2014, p. 636, spéc. n° 50-51. Dans une optique comparable, J. Van Ryn et J. Heenen ont écrit que le caractère *intuitu personae* d'une ouverture de crédit peut impliquer que « les événements qui entraînent une modification profonde dans la situation des parties, telles la faillite, la demande d'un concordat judiciaire ou l'incapacité, mettent fin au contrat » (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., *op. cit.*, p. 405).

³⁴⁸ P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par la disparition d'un élément essentiel à leur formation*, *op. cit.*, p. 119.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 123.

³⁵⁰ S. STIJNS, « De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter », *R.D.C.*, 1996, pp. 159-161. Cf. également : S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. II, *op. cit.*, p. 150.

³⁵¹ J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XV, *op. cit.*, p. 257 (article 2003 du Code civil) ; J.-G. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIV, *op. cit.*, p. 515 (article 39 du Code des sociétés).

³⁵² I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, p. 171.

³⁵³ Certaines juridictions rejettent parfois ce type de caducité en constatant, à juste titre, que la disparition de la cause subjective n'entraîne aucune impossibilité d'exécution. Voy. not. Comm. Dinant, 1^{er} avril 2011, *R.G.D.C.*, 2015, p. 114.

³⁵⁴ J.-P. BUYLE et P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires », in *Le droit bancaire et financier en mouvement*, M. GRÉGOIRE (dir.), coll. « UB³ », Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 45-46 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., *op. cit.*, p. 405.

³⁵⁵ S. STIJNS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1996, pp. 158-159. Voy. pour un exemple en dehors du domaine de la faillite : Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032.

que l'impossibilité d'exécution peut résulter de l'obstacle juridique créé par le dessaisissement du patrimoine du débiteur ; dans bien des situations, le principe de l'ébranlement de la confiance pourrait faire double emploi avec la caducité par disparition de l'objet³⁵⁶. Par ailleurs, en dehors des conventions bancaires, seule une décision du tribunal de commerce de Bruxelles, du 7 février 1995³⁵⁷, a fait écho à l'ébranlement de la confiance pour un contrat portant sur la gestion de fonds³⁵⁸.

Ensuite, on ne peut s'empêcher de faire allusion à l'incertitude doctrinale et jurisprudentielle qui entoure encore cette sorte de caducité. En effet, même si un arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2014³⁵⁹ s'est montré favorable à son application, il reste à voir si la Cour confirmera sa pensée ultérieurement. Dans le même sens, il y a lieu de remarquer que les conditions d'application de ce type de caducité, comme ses sanctions, ne font pas encore l'unanimité en droit belge³⁶⁰.

CONCLUSION GÉNÉRALE

79. *Intuitus personae* et faillite : un régime à redéfinir. Le principe même de la dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* lors de la survenance d'une faillite – pourtant bien ancré dans les esprits – repose sur des bases fragiles et limitées. L'absence de cohérence au sein de la jurisprudence et de la doctrine en témoigne largement. Il convient donc de prendre une certaine distance par rapport à ce postulat (*supra* n° 4 et s.).

Dans le même ordre d'idées, force est de constater que l'*intuitus personae* reste une notion imparfaite et encore mal interprétée en droit belge. Il convient notamment, selon nous, de tenir compte des variations d'intensité, de nature et de structure de cette figure juridique. Par exemple, on oublie souvent que l'*intuitus*

³⁵⁶ Voy. par exemple : Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 138.

³⁵⁷ Comm. Bruxelles, 7 février 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 450.

³⁵⁸ On pourrait peut-être encore citer une affaire, tranchée par la cour d'appel de Liège, le 21 mars 1995, afférente à l'ébranlement de la solvabilité d'un preneur de *leasing*, élément visiblement envisagé *in concreto* comme un mobile déterminant par le *lessor* (Liège, 21 mars 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 468). L'arrêt ne constate pas, cependant, que la disparition de cet élément soit de nature à constituer un obstacle à la poursuite de la relation contractuelle. La dissolution paraît donc « généreuse » dans cette affaire (Fr. T'KINT et W. DERUCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, L. 12, *op. cit.*, p. 217, n° 223, note n° 1).

³⁵⁹ Cette affaire concernait la mise en œuvre d'une clause de tontine qui avait perdu « sa raison d'être » en raison de la séparation d'un couple de cohabitant de fait. Cf. Cass., 6 mars 2014, *J.T.*, 2015, p. 617, note V. WYART, *Pas.*, 2014, p. 612, *R.G.D.C.*, 2014, p. 261, note F. PEERAER et *R.G.D.C.*, 2014, p. 487, note L. SAUVEUR, *R.C.J.B.*, 2015, p. 383, note D. STERCKX et L. STERCKX, *R.W.*, 2013-2014, p. 1625, note D. MICHIELS.

³⁶⁰ En ce sens, selon certains, la caducité d'un engagement par disparition de sa cause subjective ne met pas fin de plein droit au contrat. À l'inverse, la partie victime de la disparition de la cause subjective, en l'occurrence, de l'ébranlement de la confiance, se voit reconnaître un droit de résiliation : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation, op. cit.*, pp. 116-117 ; S. STUNS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 1996, p. 159.

personae réside généralement dans le chef d'une seule partie contractante³⁶¹. La matière est d'autant plus complexe qu'elle doit s'accommoder des règles particulières qui régissent la faillite (*supra* n° 31 et s.).

80. De nouvelles perspectives. Les liens entre la faillite et l'*intuitus personae* dépassent le simple cadre de la dissolution du contrat. Le caractère *intuitu personae* des obligations contractuelles emporte, en effet, de nombreuses conséquences sur la formation et l'exécution du contrat.

Au stade de la formation du contrat, nous nous sommes demandés si la solvabilité du débiteur pouvait être invoquée comme cause de nullité. Une réponse positive peut être apportée à cette question sur la base de la théorie de l'erreur. De la sorte, la nullité du contrat pourra être prononcée pour autant que la solvabilité représente un élément déterminant du consentement des parties à la convention. Lorsque l'erreur porte sur un tiers au contrat, la réponse reste débattue. Nous pensons toutefois pouvoir admettre cette cause de nullité (*supra* n° 49 et s.).

Au stade de l'exécution du contrat, le recours aux articles 47 et 59 de la loi du 8 août 1997 permet au curateur d'envisager l'exécution de certaines obligations *intuitu personae* par le débiteur lui-même. Par ailleurs, l'article 1237 du Code civil ne constitue pas toujours un obstacle dirimant à l'exécution de ces mêmes obligations par un tiers. En tout état de cause, il appartiendra aux cours et tribunaux d'apprécier l'intérêt légitime qu'a le créancier à refuser l'exécution des obligations *intuitu personae* par un tiers (*supra* n° 54 et s.).

Au stade de la dissolution, nous avons remis en cause le principe de dissolution du plein droit, en cas de faillite, des contrats conclus en considération de la personne. Il reste toutefois des hypothèses où la faillite mettra fin à cette catégorie de conventions. Le fondement de cette dissolution reste, toutefois, incertain en droit belge (*supra* n° 43 et s.).

À titre plus prospectif, nous pensons que la caducité pourrait venir encadrer les situations qui se présentent le plus fréquemment en pratique. Le dessaisissement du failli constituerait une impossibilité juridique d'exécution qui entraînerait la caducité de la convention par disparition de son objet. L'ébranlement de la confiance engendré par la survenance de la faillite pourrait peut-être représenter, dans certaines circonstances, une hypothèse de caducité du contrat par disparition de la cause subjective ; la reconnaissance de ce type de caducité demeure, cependant, discutée en droit belge (*supra* n° 71 et s.).

³⁶¹ La partie qui justifie l'*intuitus personae* n'est d'ailleurs pas toujours le failli.